

THÈSE DE
PARIS,
1888
N^o. 64.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

LES
DONATIONS ENTRE ÉPOUX
EN DROIT ROMAIN

DES
CONTRATS A TITRE ONÉREUX
ENTRE ÉPOUX
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR
JEAN GOUYON
NÉ A BRIVE (CORRÈZE)

PARIS
IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE
23, rue Racine, 23
1888



THÈSE

POUR LE DOCTORAT

PARIS. — IMPRIMERIE DES ÉCOLES. HENRI JOUVE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

LES
DONATIONS ENTRE ÉPOUX
EN DROIT ROMAIN

DES
CONTRATS A TITRE ONÉREUX
ENTRE ÉPOUX
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le lundi 12 mars 1888, à 1 heure et demie

PAR

JEAN GUYON

NÉ A BRIVE (CORRÈZE)

Président: M. DUVERGER, professeur

SUFFRAGANTS: { MM. GÉRARDIN professeur.
 ESMEIN }
 LARNAUDE } agrégés.

PARIS
IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE
23, rue Racine, 23
1888

Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

LES

DONATIONS ENTRE ÉPOUX

APERÇU GÉNÉRAL

Mieux éclairées à ce point de vue et plus pures que la civilisation grecque, les mœurs romaines avaient conçu le véritable caractère du mariage, et lui avaient imprimé ce cachet de dignité qui fait la force et la grandeur de l'union conjugale. Elles avaient créé entre les époux une égalité morale, établi une réciprocité d'égards et de devoirs, bien faite pour élever cette union et la placer au-dessus de ces liaisons durables ou passagères que crée le caprice ou l'intérêt. Une tendresse mutuelle et désintéressée, un même souci de l'administration domestique, une préoccupation constante de l'honneur et de la prospérité de la famille, de l'éducation physique ou morale des enfants, entreprise et poursuivie en commun, telles étaient, telles auraient dû rester toujours, — dégagées des consi-

dérations égoïstes et personnelles, — les seules idées visées dans le mariage. La *manus*, cette puissance toute romaine, qui enfermait si étroitement la femme dans le cercle familial de l'époux, resserrait ces liens avec plus de force encore, et confondait d'une façon presque absolue les intérêts comme les affections des conjoints.

Cependant, avec les conquêtes et la prospérité de Rome, les mœurs perdirent bientôt cette pureté primitive. Les besoins se multiplient, les goûts se raffinent pour se corrompre, la fortune devient plus nécessaire, plus désirée, poursuivie avec plus d'acharnement pour satisfaire à des appétits nouveaux, les coutumes anciennes ne sont plus respectées, la *manus* tombe en désuétude, le mariage, d'une question d'affection, devient une affaire ; les époux veillent avec un soin jaloux sur leurs patrimoines séparés, et tous oublient le but primordial et saint de leur union dans cette lutte constante pour la défense de leurs intérêts et le progrès de leurs fortunes distinctes.

Mais la conscience publique, plus généreuse et juste, par cela même qu'elle est impersonnelle, sentit le danger de ce nouvel état de choses, que chacun avait contribué à introduire. On comprit la nécessité de réagir contre ce relâchement social, et la prohibition des donations entre époux naquit de ce besoin de réaction, comme devaient naître plus tard de l'abus du célibat et de l'oubli des saints devoirs du mariage, les lois Julia.

Mais cette prohibition, imposée par une nécessité mo-

rale, ne fut jamais édictée par un sénatus-consulte ou une loi proprement dite ; elle garda son origine coutumière, et les réponses des prudents la formulèrent en l'interprétant.

L'origine coutumière de cette règle ne nous permet pas d'en fixer exactement la date. L'opinion la plus répandue la considère comme postérieure à la loi Cincia, qui place les époux parmi les *personæ exceptæ*. Elle daterait donc du VI^e siècle de Rome. Quelques auteurs lui donnent une origine plus ancienne, et prétendent que les époux ne seraient mentionnés là que pour les cas exceptionnels qui n'étaient pas atteints par la prohibition. Mais les expressions si générales des *Fragmenta Vaticana* et aussi le peu de valeur des quelques donations permises ou tolérées entre époux nous semblent réfuter cette opinion.

Cette prohibition, quelle qu'en soit la date originaire, demeura absolue pendant plusieurs siècles ; ce fut seulement Caracalla qui y apporta un tempérament sage et véritable ; nous diviserons donc notre étude en trois chapitres. Nous étudierons dans les premiers l'étendue et la portée de la prohibition quant aux personnes, ses effets quant aux actes et les exceptions admises ; nous nous occuperons, dans le troisième, du nouvel ordre introduit par le sénatus-consulte de Caracalla.

CHAPITRE PREMIER

ÉTENDUE ET PORTÉE DE LA PROHIBITION QUANT AUX PERSONNES

1. La donation est l'aliénation gratuite et désintéressée que fait volontairement une personne, d'une chose qui lui appartient, au profit ou en considération d'une autre personne qui bénéficie de cette libéralité.

Pour réaliser cette aliénation spéciale, notre code a créé un contrat particulier et solennel, qui se suffit, pour ainsi dire, à lui-même, un contrat qui est achevé, complet, qui porte avec lui tous les droits qu'il confère, dès que l'accord de volontés des deux parties est authentiquement constaté.

Il n'en est pas de même en droit romain. La donation, envisagée à un point de vue plus large, est un mode d'acquérir réalisé par une tradition ou un contrat quelconque. Il y a deux éléments distincts : un acte de volonté et un fait. L'acte de volonté, c'est l'intention libérale du donateur définitivement arrêtée en lui et manifestée au donataire. Ce n'est pas encore le contrat dans sa perfection,

mais la *causa* nécessaire à sa formation. Le second élément, le fait qui sert de couronnement à la donation, c'est l'opération matérielle ou juridique au moyen de laquelle on réalise cette intention généreuse.

Mais, quelle que soit la façon de concevoir la formation de l'acte, quelle que soit la marche à suivre pour la créer, la donation a un même résultat funeste à la conservation des patrimoines.

Dans les autres contrats, en effet, toute aliénation est plus ou moins compensée par une acquisition quelconque. Il y a toujours un échange, soit de biens, soit de chances plus ou moins aléatoires peut-être, mais susceptibles de constituer un bénéfice pour chaque contractant. La donation, au contraire, dépouille de son vivant le donateur qui ne reçoit du donataire, en compensation de son aliénation, que des témoignages de reconnaissance souvent illusoires, en tout cas peu positifs.

2. Aussi la loi romaine, comme nos lois, a-t-elle cherché à protéger le donateur contre ses entraînements généreux. L'intérêt personnel, il est vrai, pouvait, dans bien des cas, suffire à cette tâche, mais s'il était une circonstance où il fallait veiller d'une façon toute particulière, c'est à propos des donations entre époux. Vivant en effet de la même vie, faisant le plus souvent, selon l'expression vulgaire, bourse commune, les époux auraient pu facilement se laisser aller à une générosité dont ils n'auraient pas craint de subir les conséquences. La loi a

donc agi sagement, en dehors même des considérations plus hautes dont nous avons parlé, de défendre de la façon la plus absolue les donations entre époux et d'assurer ainsi le maintien de l'intégrité des patrimoines. *Moribus apud nos receptum est ne inter virum et uxorem donationes valerent*, dit Ulpien. Comme les lois d'exception, celle-ci ne dut pas être et ne fut pas étendue au delà de ses termes. Les fiancés gardèrent une entière liberté de se faire mutuellement des donations, et l'on n'assimila pas, à ce point de vue, le concubinat au mariage.

C'est donc de l'instant même du mariage que part la prohibition.

Nous avons aujourd'hui, grâce à notre réglementation nette et fixe du mariage, à la nécessité, pour sa formation, d'un acte solennel et public devant un magistrat compétent qui prononce le mariage et en constate authentiquement la date, un moyen infaillible de nous fixer sur l'existence du mariage et de l'heure à partir de laquelle il produira ses effets légaux.

Si formaliste en bien des points, la loi romaine n'avait créé pour la célébration du mariage aucun acte public spécial. Elle avait laissé à cette cérémonie de famille son caractère exclusivement familial, et n'intervenait que pour imposer certaines règles prohibitives destinées à sauvegarder la morale, la puissance paternelle ou le rang social. Les réjouissances habituelles, l'aveu des conjoints, le témoignage des amis, voire même les présomptions ba-

sées sur des similitudes de fortune ou d'origine, lui avaient semblé suffisantes pour constater le mariage et le révéler. En effet, le consentement réciproque des conjoints, — en dehors de toute constatation officielle, — suffisait à la perfection des *justæ nuptiæ*, pourvu, toutefois, que ce consentement fût accompagné, corroboré par l'abandon que la femme faisait d'elle-même au mari, dut ou non celui-ci profiter de cet abandon. Cette restriction que nous apportons à l'idée que le seul consentement suffit à la perfection des *justæ nuptiæ* nous semble imposée par les textes mêmes; et sans vouloir faire du mariage un contrat réel et suivre l'opinion de M. Ortolan, nous la croyons nécessaire. La loi 3, liv. XXIII, t. II, semble le dire en termes précis, et nous pourrions tirer du titre 1^{er} du même livre un argument *a contrario* qui a sa valeur: *Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*, dit le texte. Si le législateur prend soin de marquer que le *nudus consensus* suffit pour les fiançailles, ne pouvons-nous pas en conclure que *seul* il ne suffit pas pour le mariage et que s'il en eût été autrement les textes concernant les *justæ nuptiæ* auraient répété cette formule. Cependant, gardons-nous bien d'exagérer ce principe restrictif, et rappelons qu'aucune idée de possession matérielle, de consommation du mariage, comme on dit plus tard, ne fut considérée à Rome comme nécessaire à son existence; et la vierge en pleurant la mort de l'absent auquel elle avait promis sa foi et qui l'avait acceptée par l'intermédiaire

d'un *nuntius*, pleurait bien un époux et non un fiancé (Liv. XXIII, t. II, l. 6.).

Nous avons, d'une façon générale, dit la prohibition des donations entre époux, et vu quelles sont, en droit romain, les conditions nécessaires pour mériter ce titre, voyons maintenant quels sont les effets légaux de cette prohibition en ce qui concerne les personnes autres que les époux.

3. Si seul, le titre d'époux et d'épouse eut pu faire tomber l'acte qui constituait une donation, sans qu'il fût possible d'obéir à l'esprit véritable de la loi, la prohibition eut été fort inutile. Incapables en effet de se faire mutuellement des donations, protégés en ce qui les concerne contre leurs réciproques tentatives de captation, ils auraient pu cependant les satisfaire d'une façon détournée mais effective, avec d'autant plus de facilité que la loi Romaine centralise mieux, entre les mains d'une personne, des fortunes dont mille intermédiaires ont été les instruments. Il fallait parer à ce danger : aussi les interprètes de la loi interdirent-ils au conjoint non seulement les donations directes, mais celles aussi qui s'adressaient à des personnes qu'on avait lieu de croire interposées. Voyons quelles pouvaient être ces personnes.

I. *Esclaves*. — Étaient considérés comme interposés les esclaves non seulement du conjoint du donateur, mais ceux aussi du *paterfamilias* de ce conjoint. Les esclaves, en effet, ne sont qu'un trait d'union entre le donateur

et leur maître, tout ce qu'ils acquièrent tombe directement dans le domaine de ce dernier. Ils servent pour ainsi dire de canaux de communication entre les deux patrimoines. La libéralité faite sous leur nom, la chose à eux livrée ou promise, ils disparaissent de la scène, et l'on ne retrouve plus en présence que les deux parties qui ont vraiment agi et qui profitent de l'acte : le donateur et le donataire véritables, dans notre hypothèse, les deux époux.

II. *Fils de famille*. — En vertu du même principe et pour les mêmes causes, le fils de famille non émancipé ne pouvait recevoir de sa mère aucune donation, sauf dans un cas exceptionnel qui sert à éclairer la loi et à bien en préciser l'esprit. La loi 3, liv. XXIV, t. 1, dit en effet en son § 4 : « *secundum hæc si mater filio qui in patris potestate esset, donet, nullius momenti erit donatio quia patri quaeritur. Sed si in castra eunti filio dedit, videtur valere quia filio quaeritur et est castrensis peculii.* » Qui veut-on atteindre ? Seule la donation qui arrive au père, c'est-à-dire à l'époux. Que la libéralité lui échappe et toute latitude est laissée à la mère d'exercer ses bienfaits.

III. *Paterfamilias*. Enfin étaient interdites, comme faites à l'époux même, les donations adressées à celui sous la puissance duquel était cet époux. En effet, détenteur de la totalité de la fortune familiale, le *paterfamilias* faisait profiter dans le présent ses enfants de l'accroissement de sa fortune, ou accumulait pour l'avenir l'excédent de ri-

chesse qui pouvait lui arriver. L'époux, soumis à cette autorité puissante, héritier présomptif de la totalité ou d'une partie de cette fortune, avait un intérêt réel à la prospérité de ce patrimoine. Il fallait donc là encore fermer cette porte à la fraude.

Au reste, on étendit cette présomption d'interposition de personne non seulement à celles que nous venons de nommer, mais à tous les membres de la *familia*, c'est-à-dire à tous ceux qui se trouvaient sous la puissance du conjoint ou qui, avec lui, étaient en la dépendance de la même *patria potestas*. Ainsi le frère d'un des époux *alieni juris*, à moins qu'il ne fut *sui juris*, était frappé vis-à-vis de l'autre époux, de la même incapacité de recevoir que cet époux lui-même. En un mot toutes les fois que, d'une façon quelconque directe ou non, une donation faite par une personne mariée constituait, pour le conjoint, un avantage pécuniaire, cette donation était nulle quelles que fussent d'ailleurs les personnes qui figuraient dans le contrat. *Non tantum autem per se maritus et uxor ceteræque personæ dare non possunt sed nec per interpositam personam*. L. 3, liv. XXIV, t. 1.

Cette interposition de personne n'était pas limitée à celles que la loi a nommées, ou plutôt il ne faut pas voir dans celles-ci, esclaves ou fils de famille, des personnes interposées, mais bien des représentants directs de la personnalité juridique que la loi voulait atteindre ; les intéressés pouvaient toujours prouver que, quel qu'il fût, le dona-

taire gratifié par l'un des époux n'était qu'un intermédiaire, et que le véritable bénéficiaire était bien l'autre conjoint.

4. Voici donc la moralité de l'union conjugale sauvegardée ; mais à côté du mariage existaient certaines situations de droit ou de fait, qu'on pourrait vouloir lui assimiler. Qu'arrivait-il en ce qui concerne notre règle, si le mariage contracté était ensuite déclaré nul ? Et devait-on appliquer les sévérités de cette prohibition aux fiancés, aux époux divorcés ou aux personnes unies par le lien plus relâché du concubinat ?

En ce qui concerne les fiancés, et c'était justice, la plus grande latitude était laissée aux futurs conjoints. Il n'y avait pas à redouter pour eux au même degré les dangers de cette passion du lucre, de cette recherche égoïste d'un bénéfice personnel au détriment du cofiancé qui, libre encore, pouvait absolument s'en défendre. Quant aux époux divorcés, redevenus maîtres d'eux-même, ils devaient l'être pleinement. Là non plus, aucun danger à les laisser jouir d'un droit dans toute l'intégrité de leur liberté reconquise.

5. L'application stricte de la loi eut été de se prononcer de la même façon dans les autres hypothèses dont nous avons parlé ; et c'est ainsi que le législateur le décide au point de vue du principe ; mais la raison et la morale interviennent pour frapper ce qu'une logique froide et trop serrée ne pouvait atteindre « ... *Sed si aliquod impedimentum interveniat ne sed omnino matrimonium dona-*

tio valebit... sed fas non est eas donationes ratas esse ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt... L'interdiction frappait donc, non pas tous ceux dont le mariage était nul, mais ceux qui avaient contracté mariage à l'encontre des prohibitions de la loi. Supposons au contraire les époux ou l'un d'eux de bonne foi, dans des conditions semblables à celles qui constitueraient aujourd'hui un mariage putatif, l'époux innocent, dont le mariage est annulé, sera-t-il néanmoins atteint par la sévérité de cette loi extensive de la prohibition, ou jouira-t-il au contraire de l'avantage que lui fait sa situation anormale, et les donations constituées à son profit par le conjoint seront-elles maintenues ?

L'affirmative nous semble facilement défendable. Le texte précité pose d'abord le principe : validité des donations ; il introduit ensuite une exception contre ceux « *qui deliquerunt*, » qui ont contrevenu à la loi. D'ailleurs nous trouvons dans le livre XXXIV, au titre ix, un texte qui pour une question de même genre et dans des hypothèses identiques à celle de notre loi, pose l'affirmative de la façon la plus précise : « *Per contrarium ducta tam ab eo qui officium in provincia gerebat, quam a tutore illicitè magis est ut dicatur capere illam ex testamento nec quasi indignam esse repellendam*¹. » Une autre règle de faveur introduite

1. Un autre texte tiré du liv. XXIV confirme notre théorie : *Quod vir ei qui nundum viropotens nupserit donaverit ratum futurum existimo*, l. 63.

au Code, nous fournit un argument d'analogie qui a sa valeur. Ces donations annulées, comme peine, étaient en général confisquées au profit du fisc. Or, nous voyons au livre V, titre xvi, loi 6, le Code accorder des actions utiles, pour répéter les choses par elle données au mari, à la femme donataire qui a contracté par contrainte un mariage en violation de la loi.

Nous trouvons dans la solution de cette question, quelque chose d'analogue à la règle de faveur introduite pour les époux de bonne foi par notre théorie française du mariage putatif. Mais la fiction est renversée : car dans notre hypothèse précitée c'est en faveur de l'époux innocent que le mariage est censé n'avoir jamais existé.

Quant aux concubins dont il nous reste à dire un mot, ils avaient la plus entière liberté de se faire des donations. La décision de Sévère citée au Digeste, livre XXIV, titre 1, loi 3, en est une preuve formelle que corrobore l'exception introduite par Antonin (voyez au Code, livre V, titre xvi, loi 2) en faveur de ses soldats pour que leur fortune ne devint pas une proie trop facile de l'avidité des courtisanes.

CHAPITRE II

§ 1^{er}. — Actes atteints par la prohibition

6. Nous avons défini la donation, l'aliénation désintéressée et gratuite que fait une personne d'une chose qui lui appartient au profit et en considération d'une autre personne qui bénéficie de la libéralité. Il y aura donation toutes les fois que nous retrouverons dans un acte entre vifs ce double effet : d'une part, appauvrissement volontaire du donateur, et d'autre part, comme résultat contraire et nécessaire, enrichissement d'une autre personne que nous nommerons donataire. Cette règle posée nous fournit un critérium certain au moyen duquel il nous sera toujours possible de savoir s'il y a eu ou non donation quel que soit le nom qu'aient donné à l'acte les parties. Il nous suffira d'étudier le changement opéré dans les doubles patrimoines, de faire la balance des deux fortunes, avant et après l'acte, et si l'équilibre est rompu intentionnellement entre elles, nous sommes en présence d'une donation.

La donation, en effet, contient certains éléments essen-

tiels et nécessaires. Au livre XXXIX, t. v, loi 4, Ulpien les donne dans sa définition empirique de la donation : *Dat aliquis ea mente ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti et propter nullam alliam causam facit quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat : hæc proprio donatio appellatur.* Il donne, celui qui le fait avec l'intention que la chose appartienne aussitôt au donataire sans que, dans aucun cas, elle lui puisse revenir ; et qui n'agit que pour exercer sa libéralité et sa générosité : c'est cet acte qui est, à proprement parler, appelé donation...

Ainsi, comme le dit le texte ou comme il le fait pressentir, la donation est d'abord un acte entre vifs, elle constitue toujours, d'une part, un *appauvrissement* ; d'autre part, un *enrichissement* ; enfin, nous verrons que cet appauvrissement doit être connu et volontaire de la part du donateur, peut-être aussi l'enrichissement de la part du donataire.

Reprenons, pour les analyser, ces différents caractères :

7. 1° La donation est un acte entre vifs. Ce premier élément marque la différence essentielle qui existe entre la donation et les successions testamentaires et les legs. La personne en effet qui transmet ses biens par testament soit à un héritier, soit, — quand il s'agit d'objets particuliers, — à un légataire, ne s'impose, pour le présent ni l'avenir, aucun sacrifice, et ne dispose de ses biens que

pour le temps inconnu où il n'en pourra jouir lui-même. Il se substitue en quelque sorte une personne qui lui est chère ou gratifie un ami d'un souvenir plus ou moins riche ; mais cette transmission de patrimoine ou cette générosité ne l'atteignent jamais, et même, seuls, les legs altèrent ce patrimoine, mais pour le jour où disparaîtra le maître qui en dispose. Il peut, sans qu'aucune prière ni aucune action de l'héritier s'y puisse opposer, transformer à sa guise sa fortune, il garde, en un mot, sa pleine indépendance jusqu'au jour où la mort viendra rendre pour lui inutiles fortune et bien-être. Tant que le testateur est debout, l'hérédité, aussi bien que le montant du patrimoine, restent aléatoires et subissent tous les caprices de sa volonté et toutes les vicissitudes auxquelles sont soumises les fortunes les mieux assises.

Le donateur, au contraire, se dépouille de son vivant et se prive, pour le présent même et d'une façon définitive, d'un bien le plus souvent ou tout au moins d'un droit. C'est le danger de la donation. Un homme, grisé par une prospérité inattendue ou aveuglé par des passions folles, peut disposer ainsi sans limites, et surtout d'une façon irrévocable, de biens qui lui seront peut-être nécessaires un jour. Aussi la loi romaine, comme la nôtre, a-t-elle entouré la donation de prohibitions spéciales, et se montre-t-elle aussi peu favorable à son endroit, qu'elle marque au contraire de respect envers les dispositions testamentaires, qui n'atteignent et n'appauvrissent pas le disposant

et jusqu'au dernier jour laissent une place au repentir.

8. 2° *Changement opéré dans les deux patrimoines par la donation.* — Nous avons signalé ce double changement, *appauvrissement du donateur, enrichissement du donataire.* Ce double résultat, qui n'est pas toujours corrélatif, doit se traduire en même temps et inversement pour que l'acte des époux soit atteint par la prohibition.

Ce double changement est très important à étudier pour connaître l'étendue de notre prohibition. C'est, comme nous l'avons dit, le critérium au moyen duquel nous savons si le contrat accompli par les époux tombe ou non sous le coup de la loi. *Cum igitur nihil de bonis erogatur recte dicitur donationem valere. Ubicunque igitur non diminit de facultatibus suis qui donavit valet: vel etiam si diminuat locupletior tamen non fiat qui accepit donatio valet.* La traduction de ce texte est l'énoncé même de notre principe: « Lorsqu'on n'entame pas ses biens, on doit dire que la donation est valable; aussi, celui qui donne sans diminuer ses facultés donne valablement: la donation vaudra aussi au cas même où on diminue sa fortune, si celui qui accepte la donation ne devient pas plus riche. » Loi 5, § 16, liv. XXIV, t. 1.

Ainsi qu'on le voit d'après ce texte, il faut qu'il y ait toujours, non seulement appauvrissement d'une part, mais, comme contre-partie nécessaire, enrichissement.

1° *Appauvrissement.* — Dans tout contrat synallagmatique, il y a bien une transformation du patrimoine simi-

laire à celle dont nous nous occupons ici. Qu'il s'agisse d'une vente, d'un prêt ou de toute autre opération juridique de même espèce, le patrimoine des parties contractantes ne sera pas composé de la même façon, avant et après l'acte. Il y aura de part et d'autre et réciproquement un appauvrissement matériel ou intellectuel, mais ce côté passif de l'opération est contrebalancé par une acquisition qui en est la contre-partie. Prenons comme exemple le commodat : De prime abord, il semble que ce contrat ne contient qu'un enrichissement, qu'un profit réalisé par le commodataire, qui économise le prix de l'achat ou de la location de la chose ; mais que le commodant n'a lui-même aucune compensation. Il n'a en effet nul bénéfice à espérer, et ce contrat est de sa part un acte gracieux qui ne lui apporte d'autre avantage que les témoignages de gratitude de l'obligé. Cependant, il n'y a pas là un appauvrissement véritable et non compensé ; le commodant, théoriquement du moins, ne court aucun risque, et du jour où il prête la chose, objet du contrat, il acquiert contre le commodataire des actions qui doivent compter pour quelque chose dans son patrimoine.

L'appauvrissement véritable n'est donc pas toute diminution du patrimoine, mais une aliénation qui l'entame ou l'absorbe sans nous rien laisser acquérir comme contre-partie, même au point de vue juridique le plus large. Il faut, en un mot, qu'il y ait dans les deux patrimoines une modification, un changement sensible : et que ce change-

ment se traduise par une perte chez l'un d'eux et un bénéfice chez l'autre.

M. de Savigny¹ développe cette idée dans les termes suivants : « Cet élément de la donation (appauvrissement et enrichissement), examiné attentivement, se subdivise lui-même en deux éléments distincts. Il faut d'abord qu'une portion des biens passe d'un patrimoine dans un autre ; il faut ensuite qu'en dernier résultat la valeur de l'un soit diminuée et celle de l'autre augmentée. »

Ainsi, toute donation doit contenir une *aliénation* ; c'est-à-dire qu'il n'y a donation que dans le cas seulement où une personne dispose, en faveur d'une autre personne, d'un bien ou d'un droit qui lui appartient d'une façon exclusive ; il faut, en un mot, que le donateur fasse, au profit du donataire, sortir de son patrimoine une chose qui déjà en fait partie.

A vrai dire, l'idée est subtile et même assez peu rationnelle. Au point de vue purement juridique, un droit que nous pouvons exercer fait partie de notre fortune, aussi bien que la richesse qu'il nous doit procurer. Néanmoins, on ne considéra pas l'acte par lequel l'époux négligeait d'acquiescer quelque chose ou plutôt son abstention, comme l'équivalent de la cession d'une chose acquise, alors même que cette abstention profitait directement à l'autre époux. *Si maritus heres institutus repudiet hereditatem donationis causa. Julianus scripsit liber 17 Digest-*

1. *Traité de droit romain*, IV, p. 24.

torum donationem valere : neque enim pauperior fuit qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit. Loi 5, l. XXIV, t. 1.

La femme, dans l'hypothèse de ce texte, était substituée au mari. Dans l'espèce que nous venons de citer, la décision du jurisconsulte pouvait s'appuyer sur cette raison que le mari, pour arriver à l'hérédité, devait agir, et non pas seulement attendre et s'abstenir ; il était tenu, en effet, s'il voulait devenir héritier, de faire adition d'hérédité. Mais la solution favorable à l'exercice de la générosité des époux était la même dans des cas plus douteux où le conjoint ne perdait pas seulement, par son attitude passive, un droit à acquérir, mais renonçait à un avantage que la loi lui donnait d'elle-même comme le prouve le texte suivant : *Si quis rogatus sit præcepta certa quantitate, uxori suæ heredem restituere, et is sine deductione restitueret. Celsus, lib. 10. Dig., scripsit magis pleniore officio præstandæ fidei functum maritum, quam donasset videri, § 15, id.*

Cependant cette théorie indulgente devait donner lieu à des difficultés nombreuses. Comment, par exemple, devait-on apprécier, non plus seulement l'abstention ou le renoncement d'un héritier légitime ou testamentaire, mais celle d'un *suus*. Or, comme le disent les *Institutes*, que nous paraphrasons : Les héritiers siens et nécessaires sont les continuateurs directs du père de famille. De son vivant même ils étaient regardés comme ses coproprié-

taires. Après sa mort, ils conservent en les fortifiant les droits qu'ils possédaient déjà, et, de leur plein gré ou à leur insu, dans la bonne comme dans la mauvaise fortune, deviennent son héritier. D'après cette théorie, le *jus abstinenti* dont l'époux userait au profit de son conjoint semblerait bien une donation véritable ; nous ne croyons pas cependant qu'on la considérât comme nulle.

Nous pensons, en effet, que dans la solution de ces questions on suivait les règles de l'action Paulienne. Au titre, en effet, de cette action nous trouvons des solutions identiques à celles que nous avons citées. Voyez la loi 6, § 2-3, etc. Nous pouvons donc adopter pour notre sujet la formule même du système suivi pour l'interprétation de cette action : *Quod autem, cum possit aliquid quærere non id agit ut adquirat ad hoc edictum non pertinet ; pertinet enim edictum ad diminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locuplentur*. D. liv. XLII, t. viii, l. 6.

En somme, pour qu'il y eut donation prohibée entre époux, il fallait que cette donation eut pour effet direct de faire une brèche au patrimoine du conjoint donateur ; que son actif présent et acquis subît une diminution véritable, et ne fût pas seulement privé d'un enrichissement ou d'un droit non encore réalisé et déjà transformé en richesse.

Mais si cette abstention de l'époux, au lieu d'être pour lui une simple cause de non-enrichissement, faisait subir à son patrimoine une perte, l'abstention était considérée

comme frauduleuse quand elle avait pour but d'avantager l'autre époux. C'est au moins ce que nous croyons qu'on devait décider d'après l'analogie que nous avons signalée entre la solution des deux questions. Nous appliquerions donc aux donations entre époux le principe suivant : *In fraudem facere videri etiam qui non facit quod debet facere, intelligendum est : id est si non utatur servitutibus.* D., liv. XLII, t. VII, p. 4.

Les jurisconsultes voient dans une abstention de cette nature une aliénation et un appauvrissement véritables, comme aussi dans l'abandon du loyer ou du fermage. Car, pour citer encore M. de Savigny, « la régularité de cet accroissement de richesse la fait considérer, par anticipation, comme partie intégrante de nos biens, et, dès lors, comme l'objet d'une aliénation et d'une donation véritables. ».

2° *Enrichissement.* — En nous reportant à ce que nous avons dit de l'appauvrissement, nous pouvons déjà concevoir de quelle façon nous devons entendre l'enrichissement dont il est question ici. Il y a enrichissement toutes les fois qu'un patrimoine acquiert un droit nouveau sans abandonner pour cela aucun de ceux qu'il possédait déjà. En parlant du patrimoine au lieu de la personne, notre définition n'embrasse pas l'acquisition de certains droits moraux qui ne peuvent être considérés comme faisant l'objet d'une donation. Par exemple, l'époux qui donne à son conjoint un esclave pour l'affranchir immédiatement

n'est pas censé faire une donation prohibée, car les droits de patronage acquis par le donataire échappent à toute exacte appréciation pécuniaire.

Nous nous sommes arrêtés à cette expression « acquiert un droit nouveau, au lieu de telle autre qui eût pu sembler équivalente, par exemple, « acquiert une richesse nouvelle », avec juste raison. En effet, tout acte, même volontaire, qui nous fait acquérir un bien ou l'exercice d'un droit n'est pas une donation. Que je paie, devenu majeur, une dette contractée pendant ma minorité, je ferai acte d'honnête homme et non de bienfaiteur. Je pouvais, il est vrai, me retrancher derrière l'exception que me donnait la loi, mais, pour être impuissant à m'atteindre, le droit de mon créancier n'en existait pas moins. Le créancier auquel je paie cette dette naturelle n'acquiert donc aucun droit nouveau et, par conséquent, ne s'enrichit pas au sens juridique du mot.

9. III. *Intention de donner.* — L'appauvrissement, avons-nous dit, du donateur doit être de sa part connu et volontaire. En un mot, s'il donne, il doit le faire intentionnellement. C'est le dernier élément nécessaire de toute donation.

Il peut se faire souvent qu'un appauvrissement s'opère dans un patrimoine au profit d'un autre, à l'insu même de la partie qui s'appauvrit : l'usucapion produit ce résultat. Mais dans maint contrat cet effet peut se produire sans échapper à la clairvoyance du contractant dépouillé ; c'est

par exemple un débiteur à court d'argent qui vend à vil prix un immeuble pour se créer des ressources ; ce peut être encore un propriétaire riche qui paie un fonds au double de sa valeur pour arrondir ses terres. Il y a bien là un appauvrissement et un enrichissement connus des parties et par elle acceptés, mais nous n'y trouvons pas encore notre troisième élément : l'intention de donner.

Il faut pour qu'il y ait donation que l'intention de donner, soit la cause même de l'acte et non un de ses résultats subsidiaires.

Nous savons en effet que tout contrat doit avoir nécessairement une cause. On a défini la cause, le but final et essentiel qu'on se propose d'atteindre en s'obligeant. Dans les contrats précités, l'enrichissement, pour connu qu'il soit des parties et par elles accepté, n'est qu'un accident, le contrat, en dehors de ce sacrifice, existe tout entier. La donation au contraire n'existe pas en dehors de cette libéralité qui en est l'âme ; sans cette générosité voulue et nécessaire, quel que soit le nom qu'on lui donne, le contrat n'est pas une donation.

1° Mais si l'intention libérale, c'est-à-dire l'entière volonté de faire une donation doit nécessairement exister chez le donateur, doit-il y avoir de la part du donataire une acceptation expresse ou tacite pour parfaire la donation, ou cette donation existe-t-elle en dépit de son ignorance ou de son refus ?

Cette dernière hypothèse n'a dû, dans la pratique, se

rencontrer que rarement, soit que l'avidité rende facile de pareilles acceptations, soit que le donateur, en présence d'un refus, se hâte d'abandonner ses projets. La question a cependant son intérêt justement au sujet de notre étude. M. de Savigny qui se prononce pour la négative, nous montre en effet, par l'un de ses arguments, l'utilité qu'il y a à résoudre la question. « Si l'acceptation du donataire était exigée et qu'elle n'eut pas lieu, l'acte, dit-il, pourrait-être valable, mais ne pas constituer une donation ; dès lors il échapperait au droit positif, et, par exemple, il serait permis entre époux. » Ainsi là où il n'y aurait pas d'acceptation, on pourrait dire qu'il n'y a pas de donation et par conséquent rendre inattaquable tel acte de libéralité régulièrement accompli.

On voit par ce raisonnement que ce débat n'est pas une pure question de théorie et qu'il a son importance.

La nature complexe de la donation Romaine, qui, par elle-même ne suffisait pas à établir des rapports de droits entre les parties, restreint singulièrement la question. Nous verrons bientôt en effet que la donation, selon les expressions de M. Accarias « n'engendre par elle-même aucune action, ne donne aucun droit, par conséquent n'aboutit, réduite à elle-même, qu'à la manifestation impuissante d'un désir de libéralité », mais « elle devient parfaite aussitôt qu'une action ou un moyen de défense quelconque sont acquis au donataire¹. » — Il faudra donc

1. Accarias — Dr. R. I. 302.

pour réaliser la donation qu'un acte juridique intervienne entre les deux parties, du moins dans la plupart des cas. Mais que le donateur se serve de la tradition, ou fasse avec le donataire une stipulation, ou le libère, *donandi causa*, par une expromission, celui-ci devra bien, sous peine de nullité de l'acte juridique, connaître la *causa* du contrat, le but de l'acte juridique où il joue son rôle ; aussi sa participation à l'acte équivaut-elle au consentement le plus formel. Mais pourrait-on nous dire, si le consentement n'est pas nécessaire au donataire, il peut se tromper impunément sur la nature de l'acte, pourvu que le donateur ait bien la volonté de donner. Qu'importe par exemple que le donataire s'imagine acheter une terre, si celui qui lui la livre a bien l'intention de la lui donner ? Si vous vous prononcez pour la nullité, c'est que le consentement est nécessaire. Que l'acte où se produit pareille erreur entre les parties soit nul, est une question hors de doute. Un texte nous le dit d'une façon formelle : « *Si ego pecuniam quasi donaturus dederō, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit? Videndum. Et puto nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit.* L. 18, livre XII, titre 1, D. Mais nous pensons que cette nullité tient à l'essence même du contrat, qu'elle est une de ces nullités générales basées sur l'erreur et qui restent en dehors des considérations particulières d'actes ou de personnes. Ce texte n'éclaire en rien notre question du

consentement du donataire et la laisse subsister en entier. Nous avons voulu simplement montrer en le citant, que toutes les fois que le donataire intervient pour la perfection de la donation, il doit connaître la nature de l'acte de bienfaisance et, par conséquent, en fait consentir à l'acte.

Mais à côté de ces cas usuels où les deux parties interviennent et jouent leur rôle dans l'acte, nous pouvons trouver des hypothèses où le donataire est gratifié sans qu'aucune manifestation de sa part soit nécessaire : la donation par exemple est faite au fils ou à l'esclave ; une dette est payée par un tiers pour libérer un débiteur, et ce paiement est fait dans un esprit de bienfaisance, etc. Voici des espèces où celui qui bénéficie de la donation n'intervient en aucune façon. Disons-nous cependant que son consentement est nécessaire à la validité de la donation ?

Pour certains auteurs l'acceptation est indispensable ; pour d'autres la donation est parfaite, quand du moins cela se peut produire, en dehors de toute intervention du donataire et même malgré lui.

Les textes, il est vrai, semblent se prononcer pour ce premier système. Plusieurs d'entre eux désignent le donataire sous le nom particulier d'*accipientis*¹. Cujas² qui

1. D. I. 4, liv. XXXIX, t. v.

2. Cujas, *Obs.* liv. XII, chap. xxviii. Voici un des textes cités par Cujas : *Dos Pamphilæ est decem talenta. — Accipio — Nisi dixisset accipio, dos non esset, Donatus inquit. Datio enim ab acceptatione confirmatur, nec potest videri datum, id quod non acceptum. Terentius.*

prête son autorité à ce système, s'appuie sur divers textes assez explicites. Enfin une loi portée au titre des donations du Digeste déclare formellement que nul n'est donataire malgré lui : *non potest liberalitas nolenti adqueri*. L. 19. M. de Savigny adopte l'opinion contraire, c'est-à-dire que pour lui la donation est valable en dehors de toute acceptation. Le savant auteur prétend que ce système est seul compatible avec les règles positives de la donation. Nous trouvons en effet des textes favorables à cette théorie : *Solutione... et inviti et ignorantes liberari possumus*. (Loi 23, liv. XLVI, titre III). Voyez encore la loi 10 au titre des donations : le maître devient immédiatement propriétaire de la chose livrée directement à l'esclave dans cette intention.

Pour nous, nous pensons que la loi n'a pas songé à trancher cette question, elle a simplement admis que *nul ne pourrait devenir donataire malgré lui*. Le texte précité ne peut contredire cette opinion : *solutione... et inviti liberari possumus* ; restreint au cas spécial de paiement, il peut être une règle de faveur pour les libérations. Nous trouvons dans notre droit français¹ une solution semblable au sujet du paiement et qui n'infirme en rien la nécessité de l'acceptation pour la validité de la donation. Notre système est donc celui-ci : Dans les cas rares où l'intervention du donataire n'était pas imposée par la nature de l'acte à accomplir pour parfaire la donation, celle-

1. Voy. art. 1236 et 932.

ci était valable en dehors de toute acceptation du donataire, *mais sous la condition résolutoire de son refus au jour où il aura connaissance de la donation.*

Notre théorie respecte les textes que s'opposent les deux systèmes. Nul de ces textes, en effet, n'est assez précis pour faire adopter l'affirmative et la négative ; tous au contraire répondent à notre interprétation : *non potest videri datum id quod non acceptum...* dit un des textes cités par Cujas ; *ce qui n'est pas* accepté, donc *ce qui est* refusé. Nous restons d'accord aussi avec la loi 40 du titre des donations sans violer le principe formel : *non potest liberalitas nolenti adquiri.*

En résumé nous verrons une donation dans tous les actes où nous retrouverons l'ensemble des éléments que nous venons d'analyser, et comme tels ils seront atteints par notre prohibition et nous devons les considérer comme nuls dès que ces actes ont pour sujets actifs et passifs l'époux et l'épouse ou les personnes atteintes avec eux par la loi.

§ 2. — Effets de la prohibition.

40. Jusqu'ici nous avons étudié la donation à un point de vue abstrait et général, en dehors de tout cas d'application, mais selon le mot de M. de Savigny « la donation n'a d'existence réelle que dans ces applications, car cette notion abstraite, aliénation avec intention d'enrichir, ne

prend de vie et de réalité qu'en s'incorporant à un acte juridique déterminé ». Tant que ces actes ne sont pas accomplis, la volonté du donateur, si formellement exprimée qu'elle soit, reste stérile et n'opère dans son patrimoine aucun changement. Il faut donc que nous disions quelques mots des actes qui servaient à réaliser la donation, pour étudier ensuite quels étaient les effets de la prohibition sur ces actes.

D'une façon générale, tous les actes au moyen desquels il était juridiquement possible de créer un droit directement ou indirectement pouvaient être employés pour parfaire la donation, comme du reste tous les droits affectant le patrimoine pouvaient être l'objet d'une donation. Cependant malgré leur nombre et leur diversité on peut les grouper en trois classes qui embrassent les différentes catégories de droit créés ou éteints par la donation. Tout patrimoine en effet peut être affecté soit par une diminution réelle qui en entame la quotité, soit par une dette qui en diminue la valeur, soit enfin par la perte d'un droit, par l'extinction d'une créance qui en restreint les rapports externes. La donation peut donc s'opérer : 1° *Dando*, c'est-à-dire par la création d'un droit réel ; 2° *Obligando*, c'est-à-dire par une promesse ou mieux par la formation d'un droit personnel ; 3° *Liberando*, c'est-à-dire par l'abandon d'un droit acquis. Voyons maintenant l'effet de notre prohibition sur ces différents actes.

41. *Dations*. — Quel que soit le moyen employé pour

réaliser la donation, le principe général est le même, l'acte est nul de nullité absolue, et ce n'est que dans l'application pratique de cette règle qu'il peut y avoir une différence. Cette nullité est exprimée d'une façon énergique par Ulpien, loi 3, § 10, livre XXIV, titre 1 : « *Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso jure nihil valeat, quod actum est. Proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquid valet.* »

Voici pour notre premier groupe : il y a eu une dation opérée soit par une mancipation, soit par une tradition. La mancipation non plus que la tradition n'étaient pas nulles par elles-mêmes, mais elles étaient faites à l'encontre de la loi ; dans cette hypothèse le donataire n'était pas moins déjà nanti de la chose, et c'est par la revendication que le donateur pouvait la recouvrer ; la chose a-t-elle été déjà consommée, celui-ci aura une action personnelle pour en réclamer la valeur : loi 5, § 18, livre XXIV, titre 1.

Mais l'opération n'avait pas toujours cette simplicité qui rendait facile l'application de la règle ; et les donations entre époux se présentaient quelquefois entourées d'actes divers et complexes et dans lesquels les tiers jouaient un rôle. Là encore, les donations entre époux étaient atteintes ; mais il fallait faire une distinction. D'une façon générale il semble qu'on devrait, dans cette hypothèse, séparer dans ces actes complexes, les différentes opérations qu'ils embrassent et appliquer distributivement à chacune d'elles

la loi qui les régit. C'est ainsi qu'on décidait lorsque l'acte n'avait pas encore reçu d'exécution : il était nul en tant du moins qu'il constituait de la part d'un époux une donation au profit de l'autre. Si au contraire la dation avait été opérée ou pour mieux dire si l'acte avait eu un commencement d'exécution, tout rapport de droit était définitivement clos entre les époux d'une part et d'autre part le tiers étranger, partie dans l'acte, et la question subsidiaire de donation se débattait entre les seuls époux.

Les espèces empruntées aux textes nous feront mieux comprendre les diverses faces de la question que cet exposé théorique un peu obscur de la règle. Un époux qui veut gratifier sa femme a donné l'ordre à son débiteur de payer entre les mains de sa femme ce qu'il lui devait ; ce débiteur exécute cet ordre. La stricte application de la règle voudrait que cette opération tout entière fut considérée comme nul et non avenue : ainsi le débiteur resterait tenu de la dette envers le mari et aurait contre la femme une *condictio* pour recouvrer son argent.

Mais le jurisconsulte décide d'une façon plus équitable : la somme directement remise à la femme doit être, dit-il, censée avoir été d'abord payée au mari par le débiteur qui de cette façon, se trouve libéré ; et c'est le mari qui ensuite a donné cette même somme à la femme ; la remise directe en un mot ne peut être regardée que comme une simplification et une abréviation de cette double opéra-

tion. Il y a là deux actes distincts et indépendants, un paiement du débiteur à son créancier, et une donation du mari à la femme. D. 43, § 12, liv. XXIV, t. i.

Voyons ce qui se produira au contraire, si l'acte incriminé est une stipulation quelconque.

12. *Obligations.* — L'exécution de la donation, de quelque façon qu'elle fût faite, modifiait les patrimoines et seules des actions pouvaient remettre les choses en état. Aussi avons-nous vu, en cas de dation, la loi accorder soit la revendication soit une *condictio* à l'époux donateur. Lorsqu'il n'y a au contraire entre les époux d'autres rapports de droits établis que ceux créés par une stipulation ou un autre contrat générateur d'obligations, l'acte est non avenu et une exception perpétuelle suffit à l'époux pour le protéger.

13. *Libérations.* — Une libération peut constituer une donation tout aussi bien qu'une dation d'une somme d'argent. Dans ce cas, il est vrai, le donateur ne donne rien matériellement, mais il se dépouille d'un droit qui va enrichir le patrimoine de l'obligé, de tout le montant de cette renonciation. L'époux, créancier de l'autre époux, n'avait donc pas le droit de libérer à titre de bienfaisance cet époux du montant de sa dette ; et l'acceptation ainsi faite entre eux était nulle.

14. Mais de même que des tiers étrangers pouvaient se trouver mêlés aux actes de donations, de même aussi des contrats de genre tous différents pouvaient dissimuler une

donation ou la favoriser. Comme toujours on appliquait le principe général qui est d'atteindre l'enrichissement du donataire et de protéger le donateur contre son appauvrissement, mais on respectait dans le contrat tout ce qui n'était pas contraire au principe. C'est cette règle qui est appliquée en droit Romain au sujet de la vente entre époux. L'époux en vendant a-t-il voulu déguiser une donation, n'a-t-il pas par exemple convenu d'un prix ni rien décidé pour le fixer, c'est la vente même qui est nulle¹.

A-t-il eu au contraire l'intention de vendre, et l'autre époux s'est-il présenté comme acquéreur, la vente subsiste et tout ce qui est défendu à l'époux vendeur, c'est de faire la remise du prix à son conjoint acquéreur, l. 5, § 5, l. XXIV, t. 1. Ce conjoint acquéreur est tenu également du montant de tout ce dont il s'est enrichi quel que soit le prix convenu; il ne peut en un mot, tant est sévère la prohibition, faire, comme le pourrait tout autre acquéreur selon l'expression banale, une bonne affaire, et doit toujours payer la chose le montant intégral de sa valeur.

Mais la vigilance de la jurisprudence s'étendit plus loin encore; dans les ventes entre époux, ceux-ci ne pouvaient renoncer aux actions en garantie imposées au vendeur non

1. Dans ce cas la nullité de la vente est contenue en elle-même, et il n'est pas nécessaire, pour la faire déclarer telle, d'invoquer la nullité spéciale qui s'attache aux donations entre époux.

plus qu'aux actions Edilitiennes ¹. L'abandon en effet de ces recours contre le vendeur, dégage la responsabilité de celui-ci et constitue à son profit un enrichissement, tandis qu'il est pour l'acheteur un appauvrissement véritable.

15. Comme la vente, le contrat de société pouvait dissimuler une donation. Aussi fut-il proscrit comme elle, quand la fraude apparaissait ². Mais ce contrat portait pour ainsi dire sa nullité en lui-même, c'est-à-dire qu'il n'était pas nécessaire d'invoquer la loi prohibitive des donations entre époux pour qu'il fût nul et non avenu. Une conséquence de cette nullité intrinsèque qui frappait tout acte de société fait *pro donato* est que, même après le sénatus-consulte de Caracalla dont nous nous occuperons plus tard, le contrat restait nul, malgré la confirmation suprême du du mari.

Si au contraire le contrat avait été exécuté, s'il y avait eu mise en commun des choses qui faisaient l'objet de

1. Loi 31, § 5. Entre étrangers, ces actions n'étaient pas de l'essence même de la vente, elles pouvaient donc être, par une convention expresse, restreintes ou supprimées.

2. Notre code a supprimé la vente entre époux, sauf exceptions; la société universelle leur est également interdite, sauf par leur contrat de mariage. Le droit romain avait laissé plus de latitude aux époux; la vente, le contrat de société n'étaient pas atteints eux-mêmes et pouvaient exister entre conjoints comme entre toute autre personne, sous la seule condition de leur sincérité qu'il appartenait au juge de peser.

l'acte de société, le non-repentir du mari rendait la donation définitive, parce que, dans ce cas, il y avait eu une dation, dation suffisante pour rendre applicables les termes du sénatus-consulte.

Le contrat de louage pourrait aussi constituer une donation et dans certains cas il sera nul à ce titre : Une femme, par exemple, loue à son mari un immeuble pour y exercer une industrie, et ne touche pas le prix du bail ; mais les lois supérieures du mariage et les exigences de la vie commune défendaient de pousser trop loin ce principe. M. de Savigny ne voit pas de donation dans le fait par le mari d'habiter une maison appartenant à la femme.

Il en est de même de mille autres actes qui peuvent dissimuler une donation, mais qui ne doivent pas cependant être considérés comme frauduleux par le seul fait qu'ils constituent pour un des époux un appauvrissement. La transaction, l'accord fait entre un débiteur véreux et les créanciers peuvent présenter des cas de cette espèce. Dans ces hypothèses, c'est à la sagesse du juge de se prononcer sur la validité de l'acte, d'après les principes généraux que nous avons exposés.

Mais à côté de ces avantages évidents qu'un des époux pouvait obtenir de l'autre, la confusion momentanée des fortunes avait quelquefois pour résultat un enrichissement moins apparent mais réel de l'un des époux au détriment de l'autre, enrichissement d'autant plus facile que

la perspective de la continuelle durée du mariage mettait moins en garde celui-ci contre les empiètements de son conjoint.

16. Notre code a supprimé plusieurs de ces fraudes dont nous voulons parler, en coupant le mal dans sa racine, c'est-à-dire en déclarant que la prescription ne courait pas entre époux. Sans être aussi énergique, la loi Romaine avait pris de suffisantes précautions contre la rapacité de certains époux qui cherchaient les moyens de grossir leur fortune au détriment de leur conjoint par tous les moyens qui leur eussent été faciles sans la vigilance de la loi. Tels pouvaient être par exemple l'établissement d'une servitude prédiale ou son extinction ou bien encore la constitution d'un droit d'usufruit. Mais, dans ces hypothèses, la question de nullité, née pourtant du mariage, n'avait en général son intérêt qu'à la dissolution du mariage. La vie commune en effet entraînait avec elle une communauté de jouissance de tous les biens des époux. Il n'y avait donc, pendant la durée de l'union conjugale, aucun intérêt à soulever ces débats et les textes sont rares sur ce sujet dont la solution est certaine cependant dans le sens que nous indiquons d'après la loi 5, § 6, L. XXIV, l. 1: *Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem: verum post divortium condici posse.*

En un mot le principe de la prohibition des donations entre époux avait été poussé à une rigueur extrême, nous

verrons cependant qu'on admit de tout temps certaines exceptions qu'on étendit peu à peu de façon à tempérer la sévérité de la règle.

Toutefois avant d'aborder l'étude de ce tempérament, étudions, comme une sorte de transition, quelles sont, lorsqu'il y a une revendication intentée ou une condition, les restitutions dont est tenu l'époux donataire. Il y a en effet dans les règles à suivre dans cette question des adoucissements aux principes généraux qui sont une première brèche faite à la rigueur de la prohibition.

17. La loi, nous l'avons dit, poursuit moins les donations entre époux en elles-mêmes qu'à cause de l'enrichissement et de l'appauvrissement qui en sont la conséquence. Comme le dit Paul : *Et sane non amare, nec tanquam inter infestos jus prohibitæ donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu et solam inopiam timentes* ¹. C'est donc contre cet appauvrissement que se dresse surtout la prohibition. Mais elle n'oublie pas qu'une certaine bienveillance, c'est encore un mot de Paul, doit présider aux rapports d'intérêt des époux ; et ses décisions sont en harmonie avec ces deux idées.

Ainsi dans la revendication entre étrangers le défendeur condamné, s'il ne restituait pas, subissait le *juramentum in litem* du demandeur ; c'est-à-dire qu'il devait payer à celui-ci l'estimation de la chose faite par le demandeur même, et presque toujours fort exagérée. Si au contraire la

1. Loi 28, § 2, liv. XXIV, t. 1.

revendication était intentée par l'époux donateur contre son conjoint, il n'y avait pas de *juramentum in litem*; et l'estimation de la chose devait être faite au juste prix. Bien plus, cette estimation faite, le donataire resté propriétaire de la chose, devait être assimilé à un acheteur, et le donateur était à son égard tenu de l'éviction ¹. On voit avec quelle douceur la loi traitait l'époux donataire, dès que son conjoint était indemnisé. Mais l'équité fit pousser plus loin encore ce principe. Et d'abord d'après la pure logique, l'époux donataire, possédant contre la prohibition formelle de la loi, devrait être considéré comme possesseur de mauvaise foi et à ce titre responsable de la perte totale ou partielle de la chose. Cependant ce conjoint n'a jamais été considéré par les jurisconsultes comme tenu des risques. On ne poursuit, nous ne saurions trop le répéter, que son enrichissement, si bien que le donateur ne rentrait pas toujours dans ses déboursés. *Idem ait et si vir uxori pecuniam donaverit, ipsaque ex ea prædium emerit, æstimari oportere in quantum locupletior facta sit mulier. Proinde et si prædia hodie vilissimo sunt, consequenter dicemus, litis contestatæ tempore æstimationem eorum spectandam, Plane si magni pretii prædia sunt summa tantum numerata erit restituenda, non etiam usuræ pretii. Eleganter tractabitur si mulier quindecim prædia emerit et maritus non totum pretium numeraverit, sed duas partes pretii, hoc est decem, uxor de suo quinque, deinde hæc prædia*

1. L. 36, liv. XXIV, t. 1.

valeant nunc decem, maritus quantum consequatur? Et magis est ut consequi debeat duas partes decem ut quod perit ex pretio, utrique perierit et marito et uxori. Loi 7, § 3 et 4.

Ainsi nous nous trouvons en face de deux hypothèses différentes et, dans les deux cas, la solution est en faveur du conjoint donataire. Dans le premier cas il bénéficiera de la plus-value de l'immeuble acquis avec les deniers du donateur. Pourquoi? Parce que ce donateur ne s'appauvrit pas par cet enrichissement et qu'il recouvre le montant intégral de sa donation. Dans le second cas au contraire le donataire ne subit pas seul la perte, parce que l'enrichissement dont il a bénéficié ne la couvre pas tout entière.

Mais cette irresponsabilité du donataire ne s'étend pas seulement aux cas où les pertes résultent d'accidents fortuits et qui seraient survenus également au donateur.

La loi n'a pas voulu faire supporter au conjoint gratifié d'une donation les pertes mêmes qui résultent de sa gestion maladroite : *Si ex decem donatis sibi mulier servum emerit et is quinque sit, quinque petenda esse apud Plautium placuit*, l. 28, § 3. Remarquons que cette hypothèse est bien celle dont nous parlons et n'est pas absolument semblable à la précédente; le jurisconsulte parle d'un esclave acheté dix et qui ne vaut que cinq; il y a donc là une opération mauvaise, mal faite qui n'atteindra pourtant pas son auteur. Que celui-ci au contraire réussisse au delà de

ce qu'il doit espérer, le bénéfice lui demeure acquis comme nous l'avons vu plus haut.

Mais en supposant la revendication ou une *condictio* intentées pour recouvrer la chose, à côté de la chose principale il y aura des choses accessoires par elle produites; à qui appartiendront ces fruits?

48. N'oublions pas de dire que les donations de fruits étaient d'une façon générale interdites aussi bien que les donations d'un capital. Au reste ces fruits, par cela même qu'ils n'étaient pas consommés, ne devenaient-ils pas un capital véritable.

Dans la revendication entre étrangers, les règles générales concernant la restitution des fruits étaient, on le sait, les suivantes : le possesseur de bonne foi devait rembourser tous les fruits perçus ou qu'il aurait dû percevoir depuis le jour de la *litis contestatio*; il n'était pas tenu des fruits perçus et consommés avant cette époque. Le *prædo* au contraire ou possesseur de mauvaise foi était tenu de tous les fruits que la chose était susceptible de produire, et cette obligation remontait au jour même de son entrée en possession.

Lorsque l'action en revendication est intentée entre les époux, il ne peut être question des fruits déjà consommés. Dans cette hypothèse, en effet, les deux conjoints ont ou doivent être censés avoir profité ensemble de ces revenus. Au reste par cela même qu'il y a eu consommation, l'enrichissement que poursuit notre loi n'a pas eu

lieu. Nous n'avons donc qu'à nous occuper des fruits existants.

Il s'agit de savoir s'ils étaient ou non compris dans l'action en revendication.

Trois systèmes appuyés tous les trois sur des textes clairs et précis se partagent l'opinion des commentateurs.

M. de Savigny affirme que les donations de revenus étaient interdites entre époux comme celle d'un capital, et sujettes à ce titre à répétition. Selon ce système, la loi ne peut abandonner à l'époux donataire les fruits existants. S'il en était autrement, « un époux avide, dit l'auteur allemand, éluderait facilement cette règle (de la prohibition) en se faisant donner l'immeuble lui-même puisque la révocation de la donation n'entraînerait pas la restitution des fruits perçus dans l'intervalle.¹ » Un texte de Marcellus prête son appui aux partisans de cette opinion. Voy. liv. XXIV, t. II, l. 49.

Un second système moins étroit que le premier fait une distinction entre les fruits naturels et les fruits industriels qu'il accorde définitivement au donataire tout en le laissant comptable des premiers. Pomponius favorise cette idée. l. 45, liv. XXII, t. I.

Enfin certains auteurs citent un texte d'Ulpien pour abandonner à l'époux donataire tous les fruits de la chose.

Il est inutile de chercher à concilier des textes aussi

1. *Traité de droit Romain*, IV, § cXLVII.

précis que divergents quand surtout l'observation suffit à nous expliquer la diversité de ces solutions. Le texte de Marcellus est sans doute l'expression de la règle primitive dans toute sa sévérité; mais l'opinion publique, le sentiment même de la justice durent tendre à faire adoucir une pareille rigueur; et les jurisconsultes cherchèrent à répondre à cette tendance naturelle. Pomponius, en accordant à l'époux donataire les fruits industriels, fit la première brèche au principe. Sans doute il s'appuya sur cette considération que les fruits industriels sont autant l'œuvre de la personne même que le produit de la chose; il y a dans ce bénéfice quelque chose de similaire à celui de la personne qui vend l'objet donné au delà de sa valeur, et conserve ce profit. En un mot sa décision restreinte et encore étroite nous montre une sorte d'impatience contre une règle qu'il n'ose cependant pas oublier. Selon notre interprétation, le texte d'Ulpien serait le dernier en date et marquerait un progrès nouveau vers la liberté.

La loi met donc au service du donateur, et sauf le tempérament dont il vient d'être question au sujet des fruits, soit la revendication, soit une *condictio*, pour recouvrer la chose par lui livrée ou obtenir la nullité de la donation. Mais ces actions pouvaient devenir impuissantes et ne pas assurer au conjoint donateur la reprise de son bien. Cette hypothèse se produisait, par exemple, quand l'époux donataire d'une somme d'argent employait cet

argent à une acquisition quelconque et devenait ensuite insolvable. Régulièrement, cet argent ne se retrouvant pas dans le patrimoine du donataire, ayant été *dénaturé*, échappait à toute action propre, et le donateur n'était plus qu'un créancier, soumis comme les autres aux conséquences de l'insolvabilité du donataire ; il se trouvait ainsi forcé de subir le concours des autres créanciers et de ne toucher comme eux qu'un dividende.

Mais la jurisprudence, pour assurer l'efficacité de sa prohibition, et ne pas la laisser à la merci de la mauvaise administration d'un époux, accorda au donateur une *vindicatio utilis*, au moyen de laquelle il pouvait revendiquer la chose, meuble ou immeuble, achetée de ses deniers. Paul, loi 55, liv. XXIV, t. 1, nous donne la solution de cette question dans le sens que nous venons d'expliquer ; il ajoute, et c'est justice, que, dans le cas où l'époux donateur repentant userait de ce privilège de la loi, il ne doit pas néanmoins en tirer un avantage pécuniaire supérieur au montant de sa donation, et serait redevable aux autres créanciers de l'excédent de valeur de la chose.

Mais, après cette dernière garantie offerte au donateur, revenons aux faveurs accordées, par un sentiment tout contraire, à l'époux donataire. Nous avons vu, au sujet de la restitution des fruits, qu'en avançant, ces faveurs semblent devenir moins rares et la sévérité moins exagérée. Cette tendance à une liberté plus grande, qu'il ne faut pourtant pas exagérer, nous fera comprendre les quelques

exceptions introduites par degré dans la loi prohibitive des donations entre époux, exceptions dont nous allons nous occuper.

§ 3. — Exceptions à la prohibition.

Nous avons vu que la loi poursuivait surtout dans les donations entre époux ces deux effets corrélatifs et contraires : l'appauvrissement du donateur d'où résultait pour le donataire un enrichissement. Nous pouvons donc dire d'une façon générale, bien que l'application de cette règle soit parfois fort délicate, que la prohibition n'atteignait pas les donations où ne se produisait pas ce double résultat. Un texte d'Ulpien confirme pleinement notre assertion : *Hoc autem ex eo venit*, dit le jurisconsulte, *quod definiri solet eam demum donationem impediri solere quæ et donantem pauperiorem et accipientem facit locupletiores*. L. 5, § 8, liv. XXIV, t. 1.

Mais l'étude de ces différentes exceptions confirmera mieux encore ce principe.

Ces exceptions peuvent se diviser en deux classes : 1° Les donations qui ont leur effet pendant le mariage même ; 2° Les donations qui ne produiront leur effet qu'à la dissolution du mariage.

1° Nous subdiviserons cette première classe en trois groupes, qui peuvent embrasser les différentes donations permises pendant le mariage.

A. 1^{er} groupe : *Donations faites dans un but religieux ou humanitaire.* — Ainsi, l'époux pouvait donner à son conjoint un terrain destiné à être consacré aux dieux, à quelque fondation pieuse ou à servir de sépulture. Le caractère sacré de cette donation, l'élévation de son but, la défendaient contre les considérations secondaires d'intérêt qu'on pouvait opposer. Mais si cette destination sacrée n'était qu'un prétexte pour violer la loi, si par exemple le donataire négligeait de procéder aux cérémonies exigées, s'il employait à un usage profane et personnel ce terrain destiné à être *hors de commerce*, la donation tombait sous le coup de la prohibition, et l'époux donateur pouvait revendiquer sa propriété.

C'est sans doute une considération de même nature qui fit autoriser la donation d'un esclave, faite pour que le donataire l'affranchisse. Sans doute celui-ci obtiendra les avantages du patronat. Mais ces droits étaient surtout d'ordre moral, ou ceux-ci du moins absorbaient dans leur majesté les droits pécuniaires qui les accompagnaient.

B. Le second groupe comprend *les donations imposées par la vie sociale.*

Les Romains, par exemple, avaient l'habitude de fêter certaines dates et d'offrir à leurs proches, à l'occasion d'anniversaires heureux, des cadeaux plus ou moins somptueux, selon leur fortune, comme nous le faisons nous-mêmes aujourd'hui. Les cadeaux échangés dans de pareilles occasions entre les époux n'étaient pas considérés

comme des donations, à moins qu'ils ne fussent exagérés : *Si vir uxori munus immodicus kalendis Martiis aut natali die dedisset, donatio est.* L. 31, § 8.

Des donations plus importantes furent tolérées, approuvées même, par les empereurs, tant elles répondaient à un besoin de luxe et aux modes du raffinement de la civilisation romaine. Le mari, par exemple, pouvait donner à sa femme d'importantes sommes pour l'achat de ses toilettes, de ses bijoux ou de ses parfums. Chose curieuse ! Cette même somme était-elle employée à une opération utile, au paiement d'une dette de la femme, la donation était nulle ; elle restait valable au contraire si la femme prouvait qu'elle avait consacré à ses dépenses luxuaires cette somme ou l'équivalent de cette somme¹.

La femme, de son côté, pouvait être entraînée à faire à son mari d'importantes donations, toujours pour satisfaire à ces goûts de luxe et d'honneur, et la loi ne la protégeait plus. C'était pour favoriser au mari l'accès au rang de chevalier, pour lui permettre de figurer brillamment dans les cortèges ou de payer des jeux ou des fêtes destinés à populariser son nom.

C. 3^e groupe. *Donations compensatoires.* — Nous faisons entrer dans ce dernier groupe toutes les donations que n'a pas inspirées seulement la générosité, mais aussi

1. *Si maritus pecuniam uxori in unguenta dederit, eaque eam pecuniam creditori suo solverit, mox ea de pecunia sua unguenta emerit : non videri locupletiozem factam Marcellus scribit.* L. 7, § 1.

le sentiment de satisfaire, en l'accomplissant, à une sorte d'obligation morale ou à un devoir de reconnaissance.

Dans ce troisième groupe nous comprendrons : 1° Les donations réciproques. Ces donations en se compensant ne modifiaient pas l'étendue du patrimoine. Tout en fait se bornait à un échange. Elles étaient donc autorisées, quelle que fut du reste la gestion sage ou folle de chacun des époux.

Nous y rangeons également les donations faites pour indemniser l'époux d'une perte et l'aider à la supporter. Étaient permises par exemple les donations faites par un époux à son conjoint pour reconstruire une maison incendiée.

Enfin nous y faisons entrer les donations rémunératoires. Nous croyons qu'on peut assimiler ces donations réciproques et leur appliquer la même règle de faveur. « *Velut genus quoddam hoc esset permutationis* » dit Ulpien ¹.

19. 2° Passons aux donations qui ne doivent produire leur effet qu'à la dissolution du mariage. Ces donations, étant faites pendant le temps du mariage, tombaient sous le coup de la prohibition, tout en ne présentant pas les dangers qu'elle avait voulu combattre. Aussi les jurisconsultes prirent-ils soin d'introduire en faveur de ces donations une large exception.

Ces donations étaient :

1. Loi 25, § 11, liv. V, t. II.

1° *Les donations à cause de mort.* Ces donations étaient, on le sait, essentiellement révocables : elles ne présentaient donc point, pour le donateur, le danger des donations entre vifs. Aussi est-ce de la façon la plus large que la jurisprudence les admit entre époux « *Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptæ sunt.* L. 9, § 2.

Il y avait deux sortes de donations à cause de mort. Celles qui étaient faites sous condition suspensive et celles qui étaient faites sous condition résolutoire. Les premières ne se réalisaient qu'à la mort et par le prédécès du donateur, à la dissolution même du mariage, la jurisprudence n'eut donc que peu de peine à les admettre ; mais elle se montra plus large et admit aussi les donations de la seconde espèce, celles dont l'exécution est immédiate, sauf à être révoquées par le repentir ou la survie du donateur. *Sed quod dicitur mortis causa donationem valere inter virum et uxorem valere, ita verum est ut non solum ea donatio valeat secundum Julianum, quæ hoc animo fit, ut tunc res fiat uxoris vel mariti cum mors insequetur, sed omnis mortis causa donatio* ». L. II, § 3, liv. XXIV, t. I.

Il fallait cependant sauver le principe de la prohibition qui eut été enfreint, les jurisconsultes décidèrent donc que le donateur resterait propriétaire jusqu'à son décès malgré la tradition par lui faite ¹, mais que la dona-

1. *Sed interim res non statim fecerit ejus cui donatæ sunt, sed tunc demum mors insecuta est.* L. 11, liv. XXIV, t. I.

tion rendue définitive par ce décès rétroagirait au profit du donataire, jusqu'au jour où elle a été convenue. En somme on ne fit que se conformer à la volonté probable du donateur qui à son décès était libre de donner à son conjoint, et qui en ne révoquant pas une donation déjà exécutée, marquait son intention de la voir maintenue. Tel est donc le principe général exprimé par les textes : « *Si mortis causa donatio inter virum et uxorem facta sit, morte secuta reducitur ad id tempus quo interposita fuit* ». La condition résolutoire fut donc en quelque sorte transformée et devint elle-même une condition suspensive avec effet retroactif.

L'intérêt de la question se présente quand des acquisitions accessoires augmentent d'une façon sensible la valeur de la chose donnée. Par exemple c'est un esclave qui fait l'objet de la donation, et cet esclave est appelé à une succession opulente.

Toutefois si la rétroactivité est le principe général, la volonté du donateur pouvait s'opposer à son effet ; mais, dit Savigny, c'est cette volonté contraire qui doit être exprimée.

Cette rétroactivité, introduite en faveur du donataire, ne doit point lui devenir contraire, elle cessera donc d'être applicable si elle devient pour lui une gêne. Un texte, difficile à traduire il est vrai, semble vouloir exprimer cette idée : *Quando itaque non retroagatur donatio emergunt vitia ut Marcellus animadvertit in specie huiusmodi*. L. 41, § 2, *eod.*

Dans l'espèce que cite le jurisconsulte la rétroactivité n'est pas appliquée : Ne pourrait-on donc pas traduire ainsi ce commencement du texte qui répondrait alors à la suite : *C'est pourquoi quand des vices* (des inconvénients) *en doivent résulter on ne doit pas appliquer la règle de la rétroactivité.* Le subjonctif serait ici une formule impérative. Cette formule très employée dans la littérature ne se rencontre guère il est vrai dans les textes. Les édits des prêteurs nous en fournissent pourtant des exemples.

2° Les donations *divortii causa*. Le divorce très fréquent à Rome, n'avait pas comme le nôtre, pour unique cause, les querelles et la division des époux, ce qui suppose entre eux l'animosité et la haine. *Divortii causa donationes inter virum et uxorem concessæ sunt : sæpe enim evenit uti propter sacerdotium vel etiam sterilitatem, vel senectutem, aut valetudinem, aut militiam fatis commode retineri matrimonium non possit... Et ideo bona gratia, matrimonium dissolvitur.* I.L. 60, 61, 62.

Ainsi que le montre ce texte, il y avait donc des divorces amiables et dans lesquels n'entraient entre époux aucun sentiment d'irritation, souvent même un sentiment de reconnaissance animait l'époux en présence du dévouement du conjoint qui se sacrifiait peut-être à son bonheur. Il était naturel alors de voir se produire de pareilles donations et il eût été cruel de les interdire. En revanche, le divorce faisait tomber les donations à cause de mort faites entre les époux et permises à ce titre par la

loi ¹. Ces donations étaient censées faites à l'époux sous la condition de sa survie ; le divorce intervenant faisait d'une certaine façon défaillir la condition, car le donataire survivait-il, il ne survivait plus à titre d'époux ².

3° Étaient permises enfin les donations *exilii causa*. L'exil produisait à Rome des effets similaires à ceux de la mort civile de notre code maintenant abolie. Il avait donc comme résultat la dissolution du mariage. Il ne peut être question ici que des donations faites en prévision de la condamnation et tandis que le mariage durait encore. Au reste la donation pouvait être faite tant par l'époux innocent que par le coupable. On objecte que les biens de ce dernier étant confisqués par le fisc, celui-ci ne pouvait pas disposer de ses biens, mais alors comment peut-il recevoir ? Nous préférons admettre au profit des époux et en faveur du mariage une exception introduite au détriment du fisc.

1. *Divortio facto nec instaurato matrimonio, non confirmabitur inter virum et uxorem facta donatio* L. 63.

2. Voyez *supra* les raisons qui rendent cette règle utile sans gêner cependant les époux divorcés.

CHAPITRE III

LES DONATIONS ENTRE ÉPOUX DEPUIS LE SÉNATUS CONSULTÉ DE SÉVÈRE ET CARACALLA.

20. Nous avons vu que partie de la sévérité la plus grande, la jurisprudence romaine au sujet des donations entre époux tendit lentement à s'adoucir. Mais cette indulgence nouvelle devait, malgré les efforts des jurisconsultes, rester bien impuissante, tant qu'elle se heurterait à une prohibition toujours en vigueur. Un sénatus-consulte qui date de l'an 206 de notre ère, présenté par Caracalla, associé à l'Empire dont Sévère était le chef, vint enfin tempérer la rigueur de cette prohibition et la rendre utile de tyrannique quelle était.

Il s'agissait en effet de ne pas oublier l'origine de la loi et les dangers auxquels on l'avait opposée, continuer à garantir les époux contre les entraînements irréfléchis de la passion, sans plus leur interdire d'obéir à la générosité de leur cœur et aux sentiments éclairés qui pouvaient les animer.

Les époux, nous l'avons vu, pouvaient mutuellement se

faire des donations à cause de mort; ils pouvaient aussi confirmer par un legs la donation atteinte par la loi; mais une déclaration formelle de volonté était nécessaire. A défaut de cette déclaration expresse, en dépit des présomptions qui pouvaient militer en faveur du donataire, et marquer à son égard une bienveillance persévérante du donateur, les héritiers de celui-ci pouvaient à sa mort arracher à son conjoint la donation qui lui avait été faite. Frappé d'une dureté pareille et s'inspirant des règles exceptionnelles de la donation à cause de mort, le sénatus-consulte décida que les donations entre époux seraient maintenues et protégées comme des obligations civiles pourvu que le donateur mourût sans les avoir révoquées: *ait oratio : fas esse eum quidem qui donavit, poenitere ; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donavit. durum et avarum esse.* L. 32, § 2. Nous diviserons l'étude du sénatus-consulte en trois paragraphes en l'étudiant d'abord en ses rapports avec les personnes qu'il favorise, en étudiant ensuite ses conditions de validité pour terminer par l'examen des actes auxquels il s'applique.

§ 1^{er}. — **Personnes favorisées par le sénatus-consulte.**

21. Ce sont d'abord les deux époux, c'est à eux seuls que semble se rapporter l'adoucissement introduit par le sénatus-consulte de Caracalla. Mais la jurisprudence en éten-

dit les termes à toutes les personnes qui étaient indirectement atteintes par la prohibition : *Creatio non solum virum et uxorem complectitur sed etiam cæteros qui propter matrimonium donare prohibentur*, l. 32, § 16. Ainsi une donation faite par un beau-père à sa bru était valable et échappait à la critique des héritiers par cela même que le beau-père mourait sans la révoquer, quelle que fut du reste l'époque du décès du mari.

Mais pour jouir de cette faveur, il fallait que la donation restât jusqu'à sa pleine confirmation, c'est-à-dire jusqu'au décès du donateur, dans les conditions exigées pour l'application du sénatus-consulte. Une espèce tirée du texte nous fera comprendre. Un père qui a son fils sous sa puissance fait une donation au père de la femme de ce fils. Le beau-père ou tous les deux émancipent ensuite leurs enfants; la donation ne vaudra pas, parce que faite en un temps où elle était prohibée à cause du lien de puissance qui unissait aux époux le donateur et le donataire, la donation peut être ensuite valablement refaite entre les deux auteurs devenus civilement étrangers; leur inaction dans cette hypothèse équivaut donc plutôt à une infirmation qu'à une confirmation.

§ 2. — Conditions nécessaires à l'application du sénatus-consulte.

22. Les donations entre époux ayant été assimilées aux

donations à cause de mort on doit leur en appliquer les règles.

23. La première condition de leur validité sera donc le *prédéces du donateur*. Comme le dit la loi Romaine, jusqu'à la fin la volonté de l'homme est ondoyante ; les affections, les manières de voir, les jugements de chacun peuvent changer jusqu'à la mort. Seul donc le décès peut et doit arracher les donations dont nous nous occupons à l'incertitude dans lesquelles elles flottent. La mort du donataire auquel survit le donateur les rend nulles et caduques.

Mais si le décès des deux époux était simultané, si plutôt il était impossible d'établir le prédécès de l'un deux, la question était résolue en faveur du donataire : c'est lui qui était, dans tout les cas, supposé avoir survécu. Y a-t-il donation réciproque ? Les deux donations sont valables... *quia neuter supervixerit* dit le jurisconsulte. Poussant plus loin cette règle de faveur, Ulpien décide que si deux époux sont faits ensemble prisonniers, quelle que soit du reste l'époque de leur mort naturelle, ils sont censés être morts en même temps du jour de leur captivité, et le donataire après le donateur ; ce sont les héritiers du premier qui bénéficieront de la donation faite à leur auteur. Toutefois le bénéfice du *post liminium* infirmait ces règles d'exception¹.

1. C'est-à-dire que si les deux époux échappaient à la captivité et retournaient sur le territoire romain, ils retombaient sous l'application des lois ordinaires. Si le donateur seul revenait, c'est lui qui était censé avoir survécu, *mourût-il avant son conjoint encore captif*. L. 32, § 44 : *Quod si alter adiit eum videri supervixisse quia adiit*.

24. Une seconde règle se déduit des raisons qui nous ont fait poser la première, c'est-à-dire la faculté de repentir que doit garder jusqu'à la fin l'époux donateur, et la nécessité de ne pas entraver son libre arbitre. Toutefois cette seconde règle pourra parfois tourner contre ce but.

Il faut, dirons-nous donc, pour appliquer le sénatus-consulte que le donateur conserve jusqu'à la mort *la factio testamenti* : c'est-à-dire que ni la folie, ni une condamnation ne le privent de la faculté de disposer par actes de dernière volonté, ou ne rendent ceux-ci nuls. L. 32, § 7. Une loi ou une faveur spéciale rendent-elles au coupable une partie de ses droits, la donation est valable si elle porte sur les biens dont l'époux atteint par le châtimement garde ainsi la libre disposition : *Si miles uxori donaverit de castrensibus bonis et fuerit damnatus : quia permissum est ei his testari, si modo impetravit, ut testetur, cum damnaretur, donatio valebit : nam ei mortis causa donare poterit cui testari permissum est.* L. 32, § 8.

25. La troisième condition est spéciale aux donations entre époux et ne se rattache plus à celles des donations à cause de mort. Nous la formulerons. *Le sénatus-consulte n'est applicable qu'aux donations qui, atteintes par la prohibition, n'ont pu en aucun temps être valablement refaites sans tomber sous les coups de cette prohibition.* Nous avons vu plus bas un cas d'application de cette règle. Le divorce nous en fournit d'autres exemples ¹.

1. L. 32, § 11.

Rien en effet de plus logique que cette règle. Tant que les époux restent sous le coup de la prohibition, ils ne peuvent rien faire pour l'éviter, ils ne peuvent qu'affirmer la persévérance de leur volonté en maintenant les choses en état, en ne demandant pas la nullité de leur donation. Du jour au contraire où ils échappent aux défenses de la loi, s'ils divorcent, par exemple, ils ne sont plus entravés par les prohibitions anciennes et rien ne leur est plus facile que d'affirmer leur volonté de maintenir la donation, en la refaisant selon les prescriptions de la loi. Aussi admettre leur inaction comme confirmation aurait été fort dangereux.

26. Une dernière condition qui est l'âme même du sénatusconsulte c'est la non-révocation de la donation. Cette révocation, faite expressément, entraînait sans discussion la révocation de l'acte. Mais souvent cette révocation était faite tacitement, et le rôle du juge pouvait alors devenir difficile.

Cette révocation tacite pouvait être faite moralement ou matériellement.

Moralement, quand, sans qu'il y eût divorce, une séparation ou une brouille non suivie de réconciliation survenait entre les époux. L'absence du divorce faisait que les donations n'étaient pas infirmées sans révocation selon les règles générales, et cependant la jurisprudence admet dans ce cas une révocation tacite : *quod si divortium non intercesserit sed fribusculum : profecto valebit donatio si*

*fribusculumquievit*¹. Ainsi, si la brouille ne s'apaise pas, la donation n'est pas valable. L'hypothèse qui, dans le texte, suit celle-ci, est celle d'une séparation de corps; le jurisconsulte annule de même la donation qui a précédé cette séparation comme ne rentrant pas non plus dans l'esprit du sénatus-consulte tout en faveur des époux dignes d'intérêt.

Mais la révocation tacite était le plus souvent exprimée d'une façon détournée par une opération matérielle. On suivait à ce sujet les règles de la révocation des legs. Mais la loi, toujours discrète, n'exagérait jamais l'intention du donateur, et tout ce dont le donataire n'était pas incontestablement dépouillé lui restait acquis. *Qui quasdam res ex his quas donaverat legasset, quasdam non, non videbitur cæteras noluisse ad uxorem pertinere*. L. 32, § 15.

§ 3. — Des actes de donation auxquels s'applique le sénatus-consulte.

27. Nous savons que la donation pouvait être opérée soit par une dation, c'est-à-dire par une tradition qui mettait immédiatement la chose entre les mains du donataire, soit par une stipulation ou une expromission qui remettait à une époque plus éloignée l'exécution de l'acte ou opérait simplement une libération au profit du donataire. Nous savons aussi que, jusqu'au sénatus-consulte de Caracalla, ces donations ont toutes été prosrites entre époux avec la

1. Loi 32, § 12.

même sévérité. Il s'agit maintenant de prouver que ce sénatus-consulte a introduit une égale faveur pour toutes les donations, sans distinguer par quel acte elles ont été réalisées.

Cette démonstration est en effet nécessaire en présence de la divergence qui existe entre les auteurs. Selon quelques-uns d'entre eux le sénatus-consulte ne s'appliquerait qu'aux donations déjà réalisées, d'autres au contraire, et c'est la majorité, affirment avec raison selon nous qu'il s'étend à tous les actes de donation.

Les termes, il est vrai, de la loi que rapporte Ulpien semblent ne concerner que la donation déjà exécutée. *Heredem vero eripero forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit durum et avarum esse.* L. 32, § 2. Ce premier argument de texte ne nous semble pas avoir beaucoup de force. Qu'est en effet cette phrase? Un fragment de l'*oratio*, c'est-à-dire de l'exposé des motifs, un argument en somme donné par celui que nous appellerions aujourd'hui le rapporteur de la loi; mais cet argument pouvait n'être pas le seul, il n'est donc pas nécessaire de nous arrêter à ses seuls termes. Au reste ce motif invoqué ne peut-il se rapporter qu'aux donations déjà exécutées par voie de dation. Sans forcer les termes du texte, il peut embrasser, il nous semble, les autres actes, promesse ou expromission, qui peuvent constituer une donation. Aux yeux du législateur, les droits ou obligations que nous avons contre une personne représentent une richesse

comme les choses même ; en faisant annuler la stipulation ou revivre la dette éteinte par une expromission, on pouvait donc prétendre que l'héritier commettait aussi bien un acte d'avarice et de dureté qu'en arrachant au donataire un bien déjà tombé entre ses mains.

Mais ce qui fait vraiment difficulté en cette matière c'est l'interprétation d'un texte de Papinien, commenté par Ulpien.

Papinien applique la faveur introduite par le sénatus-consulte aux seules donations opérées par voie de dation. Nous avouons que cette décision du grand jurisconsulte nous a fait longtemps hésiter dans le choix de notre système. Papinien, nous disait M. Labbé à son cours, était un esprit très ouvert et très porté aux théories nouvelles, aventurées même, si elles répondaient à un sentiment élevé de justice et d'équité. Il fallait donc, nous semblait-il, pour qu'il n'eût pas adopté le premier le système large et généreux que soutint ensuite Ulpien, qu'il fût enfermé bien étroitement dans des termes précis de la loi.

Aussi avons-nous cherché avec attention s'il était possible d'admettre, comme ont voulu le faire quelques auteurs, l'existence de deux sénatus-consultes sur le même sujet, le premier de Sévère n'ayant trait qu'aux donations faites *dando*, le second de Caracalla étendant la faveur de la confirmation à toutes les donations. Mais il serait imprudent de se laisser égarer par un argument de sentiment et mieux vaut laisser à Papinien la responsabilité de sa théo-

rie étroite que d'essayer de découvrir deux lois sur la même matière et à si peu d'intervalle quand tous les textes ne citent qu'un même sénatus-consulte.

Enfin nos adversaires citent, à l'appui de leur opinion, une phrase d'Ulpien qui, nous le verrons, est cependant le meilleur appui de notre système. C'est en commentant un texte de Papinien — ce texte même auquel nous venons de faire allusion — qu'Ulpien dit : « *Papinianus recte putaba Orationem divi Severi ad rerum donationem pertinere : denique si stipulanti spondisset uxori suæ non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durente voluntate temeritus decesserit* », L. 23.

Ulpien, dit-on, par ce mot *recte* donne son approbation au système de Papinien ; il l'adopte et le fait sien. On a proposé un moyen facile de supprimer la discussion, d'effacer du texte ce mot *recte*. Nous ne croyons pas qu'on soit autorisé à faire cette altération et nous préférons l'explication de M. de Savigny. D'après le savant auteur, Ulpien citerait les deux opinions de Papinien, mais n'approuverait que la première ; il devait même réfuter, dans la suite du passage cité, cette opinion trop étroite, mais les compilateurs, pour obéir à la loi 3 du Code Th. I. 1, ont sans doute retranché cette partie du texte d'Ulpien.

En présence de la précision des textes de ce dernier jurisconsulte cette interprétation est la seule admissible. Ulpien, en effet, applique formellement le sénatus-consulte à tous les actes de donation quels qu'ils soient : « *Oratio*

autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet quæ nomine uxoris a vero comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum facias, ut et ipso jure res fiant ejus, cui donatæ sunt, et obligatio sit civilis. Loi 32. *Obligatio sit civilis.* Comment chercher une explication de ce dernier membre de phrase autre que la plus simple et la plus naturelle ¹.

Dans la suite du titre, des exemples de toute nature sont cités à profusion et nous trouvons non seulement des décisions concernant une dation, mais d'autres aussi qui ont trait à des donations faites par stipulation ou expro-mission. Une femme, par exemple, *a stipulé* une rente annuelle de son conjoint, cette donation nulle pendant le mariage est validée, confirmée par la mort de l'époux donateur d'après le sénatus-consulte. Telle est la décision de la loi 33, livre XXIV, titre 1. Il est vrai qu'on trouve plus souvent des cas concernant des donations faites par la dation d'un chose, parce qu'en effet ces donations étaient les plus usuelles, mais nous ne voyons pas pourquoi la loi, qui poursuivait jadis toutes les donations entre époux, quelles qu'elles fussent, ne se serait pas montrée après le sénatus-consulte également favorable à toutes.

1. « Pour tout lecteur libre de prévention, dit M. de Savigny, ces mots signifient évidemment : La tradition ou la stipulation qui étaient nulles jusqu'au moment de la mort deviennent valables *ipso jure* ». On a voulu donner d'autres traductions de cette phrase, l'appliquer à des hypothèses spéciales et trop recherchées pour la place que ces mots occupent dans un texte général comme celui-ci.

Nous croyons avoir étudié dans ses parties nécessaires la loi Romaine en ce qui concerne les donations entre époux, nous terminerons donc notre travail dont notre thèse de droit français ne sera en somme que la continuation.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Aperçu général.....	1
CHAPITRE I ^{er} . — Prohibition des donations. — Son étendue et sa portée quant aux personnes.....	4
1. Nature de la donation.....	4
2. Les donations sont prohibées entre époux.....	
3. Des personnes interposées par la présomption de la loi.....	8
4. Personnes assimilées aux époux.....	11
5. Effets de la loi dans les mariages nuls.....	11
CHAPITRE II. — Des actes atteints par la prohibition.....	14
§ 1 ^{er} . — 6. Éléments nécessaires à l'existence des donations.....	14
7. La donation est un acte entre vif.....	15
8. Elle produit un double effet dans les patrimoines.....	17
9. Le donateur doit savoir qu'il fait une donation...	23
§ 2. — Effets de la prohibition quant aux actes.....	29
10. Comment se réalise la donation.....	29
11. Dations.....	30
12. Obligations.....	33
13. Libérations.....	33
14. Actes mixtes.....	33
15. Des contrats onéreux.....	35
16. Autres actes atteints par la prohibition.....	37
17. Tempéraments à la sévérité de la loi.....	38

	Pages
18. Des fruits et de leur restitution entre époux	41
§ 3. — Des exceptions à la prohibition. — Donations permises pendant le mariage.....	45
19. Donations réalisées à la dissolution du mariage..	48
CHAPITRE III. — Les donations entre époux après le sénatus-consulte de Sévère et Caracalla.....	53
20. Adoucissement introduit dans la prohibition	53
§ 1 ^{er} . — 21. Personnes favorisées par le sénatus-consulte.....	54
§ 2. — 22. Conditions nécessaires à son application	55
23. Prédéces du donateur	56
24. Le donateur doit avoir jusqu'à son décès la faculté et la possibilité de révoquer la donation.....	57
25. Le sénatus-consulte n'est applicable qu'aux donations qui ne pourraient exister sans son secours.	57
26. La révocation est l'âme même du sénatus-consulte	58
§ 3. — 27. A quels actes de donation s'applique le sénatus-consulte.....	59

DROIT FRANÇAIS

DES

CONTRATS A TITRE ONÉREUX

ENTRE ÉPOUX

INTRODUCTION

De tout temps, nous l'avons constaté dans notre étude sur les donations-entre époux à Rome, le législateur s'est attaché à dégager le mariage des spéculations et des questions d'intérêt dont il est trop souvent entouré. Si intime que doive être l'union des époux, il ne fallait qu'elle devînt pour les familles respectives des conjoints une cause de ruine, qu'en détournant les patrimoines de leur destination véritable elle servit à dépouiller l'une d'elles au profit de l'autre, quand des enfants communs n'étaient pas là pour résumer d'une façon légitime des intérêts différents.

Il fallait du moins, si on ne voulait pas mettre des entraves trop rigoureuses à une affection parfois à juste titre généreuse, opposer une barrière à l'esprit de lucre des époux. Il eut été dangereux, en effet, de se reposer sur la prudence et la sagesse de chacun de nous du soin de défendre nos intérêts contre l'avidité d'un conjoint, tant

serait difficile une résistance continuelle contre des sollicitations répétées et fortes de l'intimité et du temps qu'assure le mariage.

Notre législateur a évité le péril, tant en exigeant qu'au moment du mariage les intérêts des époux fussent réglés d'une façon définitive et incommutable, qu'en ne tolérant les donations entre époux que sous de sages réserves qui garantissent leurs auteurs contre des entraînements irréflechis.

Mais ces garanties ne paraient pas à tout danger ; et trop avides pour renoncer à des avantages que la loi ne leur accordait qu'avec réserve, certains esprits auraient pu, sans la prudence du législateur, les obtenir d'une façon détournée et se les assurer par des fraudes multiples. Les contrats onéreux seraient devenus pour eux une source inépuisable de dissimulations ; mais là encore la loi a veillé et a cherché à éviter un mal contre lequel elle s'était précautionnée ailleurs.

Les contrats onéreux entre époux, leur condition de validité et les fraudes auxquelles ils peuvent prêter, tel sera le sujet de cette étude. Mais avant d'aborder l'étude des règles de notre législation actuelle de ces contrats, il n'est pas inutile de remonter un peu aux sources, d'en chercher l'origine, et de parcourir les phases par lesquelles elles ont passé avant d'être définitivement fixées par le Code civil. Nous consacrerons donc notre premier chapitre à une courte étude historique de la question.

CHAPITRE PREMIER

DES CONTRATS ENTRE ÉPOUX DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

1. Tant que les donations ont été permises entre les époux, les contrats à titre onéreux ne leur ont pas été interdits. Ces contrats, en effet, n'ont rien d'incompatible avec la nature du lien conjugal, et, si loin que nous remontions, nous ne trouvons jamais une fusion assez complète des patrimoines de chacun des époux pour que ces contrats fussent entre eux impossibles. Si plus tard nous voyons la sévérité de la loi les prohiber d'une façon plus ou moins complète, il faut en chercher la cause dans l'interdiction faite aux époux de se constituer pendant le mariage des avantages pécuniaires. Cette défense de contracter édictée contre les époux accompagne donc dans la loi cette autre défense qui s'oppose aux donations qu'ils pourraient se faire, et de l'adoption de celle-ci a pu naître seulement la seconde. Voyons donc comment, aux différentes époques, étaient réglées ces deux questions.

§ 1^{er}. — Droit germanique

Sous la loi germanique, les donations entre époux étaient libres. Le rôle de la femme, son peu d'action dans la famille, au point de vue au moins de la gestion des affaires et du gouvernement de la fortune ne lui donnaient pas sur l'époux assez d'influence pour la rendre dangereuse, et entraîner le mari à se dépouiller imprudemment en sa faveur. L'époux était considéré comme assez fort pour résister seul et sans secours de la loi à des influences qui, en fait, devaient peu se produire dans ce peuple primitif.

D'un autre côté la femme, étant sous le *mundium* du mari, se trouvait placée sous une tutelle perpétuelle qui la protégeait contre ses entraînements. Cette tutelle de la femme, plus énergique peut-être que celle qui existait primitivement à Rome, qui faisait que la femme, selon l'expression de Viollet, « est depuis sa naissance jusqu'à sa mort sous la puissance d'un autre », avait bien son origine dans une idée de supériorité et de domination établie en faveur de l'homme. Toutefois il ne faut pas exagérer l'importance de cette idée primitive, et bien vite la tutelle de la femme devint pour elle un appui. Comme le dit M. Gide dans son étude sur la condition de la femme : « cette tutelle, loin d'être la négation de ses droits, les consacrait en les protégeant : la femme était propriétaire et pouvait acquérir des immeubles comme des meubles ¹. »

1. Gide et Esmein. *Etude sur la cond. des femmes*, liv. IV, chap. 1.

Mais quoique propriétaire, nous ne croyons pas que la femme put faire à son mari des donations. Nous ne trouvons pas, il est vrai, de textes dans lesquels les donations de l'épouse à son conjoint soient spécialement prohibées, mais comme dit M. de Laboulaye : « puisque la femme était une mineure, pourquoi eût-on fait une exception aux principes généraux en faveur du mari qui, plus que personne, pouvait abuser de sa position pour contraindre la femme à une libéralité forcée ¹.

Nous avons, dans ce qui précède, attribué l'absence d'une prohibition spéciale et catégorique similaire à l'interdiction romaine des donations entre époux, à son inutilité qui résulte du défaut d'influence de la femme d'une part, et d'autre part dans la protection que trouve l'épouse contre le mari, dans le mari même son mainbourg ou mieux son *Mundoaldus*. Ce qui prouve bien que telle est en effet la cause de cette liberté chez un peuple jaloux pourtant des prérogatives familiales, et qu'il n'y faut rien voir de favorable à ces donations, ce sont certaines restrictions frappantes et caractéristiques de l'esprit de la loi. Citons par exemple une particularité de la loi des Wisigoths qui interdisait, entre époux, les donations pendant la première année du mariage. N'est-ce point parce qu'elle redoutait la passion et les entraînements aveugles de cette première période de la vie conjugale ; mais qu'en dehors de ce temps *de lune de miel*, elle se reposait, sur

1. Laboulaye, *Cond. civ. et pol. des femmes*, chap. iv.

chaque individu, du soin de n'agir qu'avec prudence et sagesse.

De cette faculté qu'avaient les époux de faire des donations, nous pouvons en conclure que les contrats à titre onéreux ne présentant plus le danger de servir à la fraude, étaient pleinement autorisés, ou pour mieux dire n'étaient pas défendus entre époux. Est-ce à dire que les conjoints usaient souvent de ce droit ? Nous ne le pensons pas. Les Germains étaient, nous le savons, un peuple de guerriers, composé de tribus nomades, vivant du fruit de ses batailles, absorbant peu à peu ses voisins par de continues migrations ; peu attachés à la terre natale dont ils possédaient la plus grande partie par communautés familiales, fort ignorants du commerce, leurs notions des contrats étaient assez rudimentaires ; et l'époux comme l'épouse devaient peu se préoccuper de s'assurer la propriété personnelle d'un bien dont le mariage leur donnait la puissance commune. Aussi ne trouvons-nous dans les documents de l'époque aucun exemple de ces conventions.

2. Les formules de l'époque Franque nous fournissent peu d'exemples de donations entre époux. Les donations suivent les règles du Code Théodosien et ne valent que comme donations à cause de mort. Dans les capitulaires les donations entre époux ne sont pas interdites, mais elles sont soumises à des formalités gênantes. Il faut qu'elles soient faites *apud acta* et par écrit ¹. Il est à remarquer, en effet,

1. Marculf, *Formulæ* lib. II, 7. *Quicquid, inter conjugales de propria*

qu'à mesure que la femme se relève de l'état d'infériorité dans lequel la plongeait les mœurs barbares, à mesure que son influence grandit dans la famille, il y a une tendance à diminuer la liberté laissée aux époux en ce qui concerne leurs rapports d'intérêts. Tant que l'épouse dominée par son mainbourg, absorbée par lui, garde son rôle sacrifié, la loi ne songe guère à surveiller les actes que les conjoints peuvent faire entre eux ; du jour où, par l'influence de l'Église, la femme commence à faire sentir sa personnalité, on cherche des entraves nécessaires contre les entraînements dont elle pourrait être auteur ou victime. Dans cette première période, il est certain qu'il a pu se produire des cas où, en dehors des donations, des contrats ont été passés entre époux ; mais nous n'avons rien retrouvé à ce sujet de spécial.

§ 2. — Droit coutumier.

3. La grande préoccupation du droit coutumier est de maintenir dans les familles, la fortune que la faveur royale ou l'industrie des ancêtres y ont déposée. Aussi semble-t-il que la prohibition des donations et des contrats onéreux entre époux a dû, dès le commencement, être des plus sévères. Dans les très anciennes coutumes cependant, nous croyons qu'il n'y a rien eu de

facultate manente caritate, pro amore dilectionis in initium condonare placuerit scripturum necesse est titulis alligare, ne in posterum ab heredibus eorum vel a quocumque possit convelli.

tel, la femme ou le mari au point de vue des donations devaient même être traités, d'après les rares documents que nous possédons, d'une façon plus favorable que les étrangers. Mais si réellement cette liberté a existé un moment elle n'a pas été maintenue longtemps.

A partir de la fin du XII^e siècle et au commencement du XIII^e, l'esprit nouveau commence à se dessiner et des tendances à prohiber les donations entre époux se manifestent dans la législation. Ce sont d'abord certaines entraves imposées aux époux et qui exigent le consentement des héritiers pour accompagner et valider l'acte de donation ; on cherche ensuite dans le fonctionnement même de ces contrats un obstacle à leur validité entre époux. Cette idée est ainsi exprimée dans le *Miroir de Saxe* :

« Dès qu'un homme se marie, il a comme tuteur légitime tous les biens de sa femme en saisine. C'est pourquoi la femme ne peut faire aucune donation à son mari mobilière ou immobilière au préjudice de ses héritiers légitimes. La raison est que le mari ne peut avoir sur les biens de sa femme d'autre saisine que celle qu'il a commencée en qualité de tuteur ¹. »

On est arrivé à cette idée, première brèche sérieuse faite à la liberté des donations entre époux, en partant de cette autre idée, admise déjà, que la propriété ne se transfère au donataire que par son ensaisinement immédiat ; or entre époux cet ensaisinement nouveau n'est pas possible

1. *Miroir de Saxe*, art. 31, § 2.

puisque'un ensaisinement basé sur d'autres causes a commencé avec le mariage.

La même prohibition inspirée par les mêmes raisons est édictée au chapitre 173 dans les assises de la Cour des Bourgeois : « Nul hons ne peut faire don à sa moiller puisqu'il l'a prise s'il ne le fait à sa mort ou en son testament ; et s'il le fait en autre matière, ne vaut rien celui don pource que la chose est aussi soüe com s'il ne l'eut jà donnée. »

Toutefois dans cette dernière citation d'une loi qui permet les donations à cause de mort entre époux il nous semble voir apparaître un peu de l'influence (qui devait s'accroître plus tard) du droit Romain. Du midi où il était suivi comme règle écrite, il commençait à être reçu avec faveur par les juristes du droit coutumier et par eux étudié. Ne sont-ce pas les raisons du droit classique qu'on invoque dans les *Établissements de St-Louis* renonçant à celles qu'on tirait des subtilités de la loi ¹. Voyons plutôt : « Dame ne peut rien donner à son seigneur en aumosne... car par adventure ele ne l'aurait pas fet en sa bone volente ains li aurait donné pour ce qu'il ne li en fist pis ou par le grand amor que ele aurait doné à luy. » Nous trouvons la même raison exprimée dans la somme rurale de Bouteiller : « Si le mary donnait à sa femme il semblerait que ce fut par ardente luxure. » Voici bien transportées dans les coutumes les raisons invoquées à Rome pour expliquer et légitimer cette prohibition. Avec les progrès du droit Romain

1. *Etabl. Saint Louis*, I, 114.

dont l'étude était en pleine floraison au XV^e siècle, notre règle prohibitive s'imposa d'autant plus facilement qu'elle répondait mieux à l'esprit de conservation patrimoniale de nos coutumes.

4. Nous allons étudier maintenant les différentes façons plus ou moins sévères dont cette loi fut interprétée chez nous. Nous verrons qu'en général elle fut poussée jusqu'à une exagération inconnue à Rome, et qu'elle a pris ainsi dans nos mœurs un tel empire qu'il en reste des traces dans notre Code même.

Pothier divise en trois classes suivant leur façon d'interpréter la prohibition des donations entre époux, nos différentes coutumes.

La première classe, laissant de côté le mode nouveau introduit par le sénatus-consulte de Caracalla, exagère la rigueur de la règle.

Ces coutumes, dit Pothier, « défendent toutes donations, tous avantages directs ou indirects entre mari et femme pendant le mariage, les testamentaires aussi bien que celles entre vifs ». Orléans, Paris et la plus grande partie des coutumes, appartenaient à cette classe.

La deuxième classe comprend les coutumes qui, tout en défendant les donations entre vifs, autorisent entre époux les dons mutuels et les donations testamentaires. Les coutumes du Nord suivaient ce système.

L'influence du droit écrit est plus sensible dans les coutumes des pays au-dessous de Paris. Elles forment la troi-

sième classe de la division de Pothier, et admettent le principe du sénatus-consulte de Caracalla, c'est-à-dire qu'elles considèrent comme valables non seulement les donations testamentaires, mais aussi les donations simples entre vifs, lorsque le conjoint est prédécédé sans les avoir révoquées.

Restent en dehors de ces trois classes celles qui n'ont pas subi l'influence Romaine et où les donations entre époux continuent à être tolérées sauf certaines restrictions.

Signalons, sans nous y arrêter, la coutume d'Auvergne qui laisse au mari sa liberté tout en interdisant à la femme les donations au profit de son conjoint.

De ce qu'elles s'inspirèrent du droit Romain il n'en faut pas conclure que les coutumes s'y soumirent à la lettre. Dans cette question même elles conservèrent leur originalité et leur esprit de rigueur contre la diminution des patrimoines. Ainsi nous avons vu qu'en droit Romain il fallait, pour qu'il y eût donation prohibée, que l'acte produisît à la fois le double effet d'appauvrir le donateur et d'enrichir le donataire. Ces deux résultats corrélatifs n'étaient pas nécessaires pour que la donation fut atteinte par la prohibition du droit coutumier. Pour qu'il y ait donation, « il suffit, nous dit Basnage, que les biens du donateur en soient diminués. »

Les donations d'usufruit restèrent cependant valables et les dons mutuels furent également admis, mais à la condition qu'ils se compensaient d'une façon presque absolue.

Comme en droit Romain et bien qu'il n'y eut pas tout à fait les mêmes raisons, la concentration du patrimoine entre les mains du *paterfamilias* n'existant pas, les coutumes interdirent les donations de l'époux aux parents de l'autre époux, comme à celui-ci même; elles dressèrent contre eux une présomption légale d'interposition de personnes. Citons encore Basnage.

« C'est une jurisprudence certaine en Normandie et qui est établie par plusieurs arrêts que la prohibition de donner aux parents de la femme a lieu pour les donations entre vifs comme pour les testamentaires.

Plus bas le commentateur ajoute :

« Et quoiqu'il ne soit pas ajouté que la femme ne peut donner aux parents de son mari, la même prohibition a lieu, cet article défendant aux gens mariés de se donner directement ou indirectement.

Un article ¹ de la coutume de Paris va nous montrer l'étendue de la prohibition : « Ne peuvent lesdits conjoints donner aux enfants l'un de l'autre d'un premier mariage au cas qu'ils ou l'un d'eux aient enfants. » Laurière, pour bien montrer qu'il n'y a pas là une protection spéciale en faveur des enfants communs ou de ceux du donateur, ajoute : « L'intention des réformateurs n'a point été qu'on allât examiner si le conjoint qui donne aux enfants de l'autre d'un premier mariage a des enfants ou s'il n'en a pas ».

1. Art. CCLXXXIII.

Ainsi cette prohibition des donations entre époux fut, on le voit, accueillie avec une faveur particulière par la plupart des coutumes ; mais où éclate surtout leur esprit particulier, ce qui montre bien la passion que mirent les législateurs à l'adopter, c'est la façon dont on étendit les règles de prudence qu'on édicta pour assurer le respect de cette prohibition. La loi Romaine avait laissé aux époux, sauf aux intéressés à en surveiller la sincérité, le droit de faire entre eux tous les contrats onéreux que nécessitaient leur intérêt et leur situation. Mais ces contrats parfois sincères pouvaient servir à dissimuler des fraudes sans nombre, et c'est dans leur prohibition que se manifeste l'originalité des coutumes.

5. « Notre droit Français, dit Pothier, a été beaucoup plus attentif à prévenir tous les avantages indirects que des conjoints par mariage pourraient se faire, par les différentes espèces de contrats qui interviendraient entre eux pendant leur mariage, par lesquels ils transporteraiient l'un à l'autre quelque chose de leur bien ¹ ».

Toullier rappelle d'une façon claire et forte l'étendue exagérée de cette prohibition : « Sous l'ancienne législation, dit-il, les coutumes avaient tellement étendu et l'on avait interprété avec tant de rigueur les prohibitions faites aux époux de se donner l'un à l'autre pendant le mariage, que la seule crainte qu'on n'éludât cette prohibition, en couvrant quelque avantage indirect sous le voile

1. Pothier. *Don. entre maris et femmes.*

d'un autre contrat, avait fait défendre entre les conjoints toute espèce de convention ou de contrat d'où l'un d'eux pût tirer quelque profit ».

La plupart des coutumes formulent nettement leur prohibition.

« Gens mariés dit la coutume de Normandie, ne se peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou concessions par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre en tout ou en partie, directement ou indirectement. » Art. ccccx.

Formule équivalente dans la coutume du Nivernais.

« Gens mariés, constant leur mariage, ne peuvent contracter au profit l'un de l'autre. » Art. 27, chap. xxiii.

La coutume du Bourbonnais disait :

« Le mari, durant le mariage, ne peut faire aucune association, donation ou autre contrat avec sa femme *nec contra*. »

Le motif de cette prohibition a toujours sa source dans les mêmes sentiments de protection en faveur des héritiers naturels des époux. Pinault, dans son explication de la coutume de Cambray, dit à ce sujet : « M. Marion, plaidoyé 7 et 8, rapporte avec beaucoup d'éloquence et d'énergie les raisons qui ont obligé les lois et les coutumes de défendre que le mari et la femme ne pussent s'avantager l'un et l'autre, « d'autant, dit-il, que l'affection qu'engendre le mariage surpasse de si loin toutes les autres, que ceux qui s'entredonnent la foy, l'esprit, le

cœur, la personne, seraient si profus à l'entredon des biens, si la puissance leur en était laissée, qu'ils *ne voudraient avoir autres successeurs*, ce qui refroidirait la ferveur du sang envers leur cognation, que la loy doit plutôt enflammer, comme fait la coutume. »

Toutes les coutumes cependant, si soucieuses qu'elles fussent de protéger la famille, ne poussaient pas aussi loin le principe de la prohibition.

Le plus grand nombre d'entre elles défendaient seulement aux époux de s'avantager directement ou indirectement et n'atteignaient les contrats onéreux qu'autant qu'ils allaient contre cette règle. Nous retrouvons dans cette règle la théorie du droit Romain. Voyez en effet ce que dit Duplessix : « Les mots, directement ou indirectement, ne s'entendent pas seulement des donations, legs ou fidéicommiss, qui se feraient sous le nom de personnes interposées, mais aussi de toutes sortes de pactious ou stipulations faites entre eux durant le mariage, qui porteraient avantage l'un à l'autre ». Ainsi, c'est la fraude seulement qu'on veut atteindre : si les époux ont au contraire une réelle utilité à passer entre eux un contrat, si la convention à titre onéreux est sincère, rien ne s'oppose à l'acte.

C'est bien l'opinion de Dumoulin : *Nullum contractum etiam reciprocum facere possunt nisi ex necessitate*. dit-il dans son commentaire de la coutume de Paris.

Nous verrons en étudiant les contrats onéreux entre

époux sous notre droit actuel que le Code, s'il s'est départi de la rigueur de certaines coutumes, ne s'est pas montré aussi libéral que ne l'étaient beaucoup d'autres, cette liberté était cependant si nécessaire quelquefois, que les coutumes les plus formelles sont obligées d'admettre certains tempéraments. Nous trouvons dans la coutume de Normandie un de ces cas exceptionnels d'autant plus intéressant qu'il a été reproduit dans l'article 1593 : « Le mari ayant aliéné l'héritage de sa femme lui peut transporter du sien pour récompense pourvu que ce soit sans fraude ou déguisement et que la valeur des héritages soit pareille, et qu'il apparaisse de la donation du mari par acte authentique. ¹ » Citons le commentaire de Basnage qui accompagne cet article. Peut-être ne sera-t-il pas inutile pour nous éclairer sur la portée de l'alinéa final de l'article 1593 : « L'on souffre si peu que le mari baille à sa femme un » remplacement plus avantageux qu'il ne lui est dû que » non seulement les héritiers et les créanciers antérieurs » de ces contrats, mais même ceux qui ont contracté de- » puis avec le mari ont été jugés recevables à en deman- » der l'estimation ».

Voici bien une exception en faveur de la liberté de contracter des époux, mais comme elle est restreinte et appelée à être discutée !

Cependant Basnage s'empare de cette exception pour en tirer une conclusion en faveur de la liberté des conven-

1. Cout. de Norm. CCCCXI.

tions entre époux; cette interprétation trop hardie de la loi montre néanmoins l'esprit de révolte contre les gênes de la prohibition « qui, dit le commentateur, n'avait l'intention que de défendre les contrats qui seraient faits en fraude et pour se faire avantage l'un à l'autre ».

La coutume du Nivernais était moins explicite et ne signalait pas d'exception à la règle prohibitive. Guy-Coquille ne se fait cependant pas faute, dans son commentaire, de restreindre la portée de l'article de la coutume : « con-
» tracter ni eux avantager, dit-il, il faut joindre les deux
» ensemble, car les contrats entre vifs simplement ne
» sont pas interdits aux mariés, mais seulement ceux qui
» contiennent avantages l'un pour l'autre, comme si
» *verbi gratia* le mari et la femme ont vendu l'héritage
» de la femme pour employer les deniers à l'affranchisse-
» ment et décharge de l'héritage du mari ou pour autre
» cause dont la communauté ne soit tenue, le mari pourra
» contracter avec la femme et lui délaisser héritage pro-
» pre de lui mais pour récompense, pourvu qu'il ne soit
» de plus haute valeur ou à la charge de réduction à pa-
» reille valeur ».

Enfin donnons le sentiment de Auroux des Pommiers, le commentateur de la coutume du Bourbonnais dont nous avons signalé la formule : « Toute donation déguisée du titre de vente, d'échange, de société, de louage et de quel-
qu'autre façon que se puisse être, sont révoquées si elles se trouvent faites au profit des personnes prohibées dans

notre article ; mais pour cela il faut prouver que c'est une donation déguisée pour raison de quoi, dit Ricard, les présomptions violentes pourraient quelquefois suffire ».

Nous avons cité des extraits des divers commentaires sur les coutumes les plus sévères au sujet des contrats entre époux, pour montrer les tendances générales de l'interprétation. Pour nous ces coutumes, en s'expliquant d'une façon aussi catégorique, avaient voulu interdire les contrats entre époux quels qu'ils fussent et sauf les cas très exceptionnels qu'elles avaient alors le soin de mentionner. Elles voyaient dans les contrats à titre onéreux un prétexte facile à des fraudes et avaient pensé y couper court. Mais il se produisit dans l'interprétation de cette sévère défense quelque chose d'analogue à l'indulgence que montrèrent les jurisconsultes Romains pour les donations entre époux.

Il ne faut pas oublier que la cause primitive de cette sévérité était la règle romaine des donations entre époux adoptées par les coutumes ; la plupart même d'entre elles s'étaient contentées d'en suivre les traditions, de ne considérer les contrats onéreux comme nuls qu'autant qu'ils contenaient une donation ; il n'est donc pas surprenant que partout on ait réagi contre la gêne d'une prohibition exagérée. La chose prêtait même à cette indulgence. Le commentateur, en effet, devait se croire autorisé à interpréter ces questions d'après leur origine, le droit romain, et c'est sur lui que s'appuie Guy Coquille, dans ses questions, pour conclure à la liberté des conventions des

époux : « Aussi, dit ce jurisconsulte, les lois romaines ont seulement défendu les donations et non les autres contrats qui sont vrais commutatifs avec juste raison.

Est-ce à dire qu'en fait les contrats entre époux étaient très fréquents sous l'ancienne législation dans les pays de coutume ? La communauté, qui était le régime du droit commun et sinon imposé absolument par la loi, du moins adopté par les mœurs, laisse à la femme fort peu de droits et de pouvoirs, même sur ses propres biens. La propriété de ses meubles lui échappait et l'administration de ses immeubles ne lui appartenait plus ; il est dès lors évident que sa vie juridique et ses facultés, à ce point de vue, étaient fort restreintes, tant vis-à-vis de son mari que des tiers, et des lois spéciales lui arrachaient parfois le droit de faire certains contrats qu'elle aurait pu passer avec son mari ou plutôt à son profit. Tel était le cautionnement.

Jusqu'au XVI^e siècle le sénatus-consulte Velléien s'était maintenu même dans les pays de coutume. Voici ce que dit Guy Coquille à ce sujet : « Femme ne se peut obliger pour autrui si ce n'est pour son père ou sa mère ou pour son seigneur époux. Bretagne, Ancienne 216 et Nouvelle 197. Et autres provinces on observe le Velléien *etiam* si elle est obligée pour son mari ou ses enfants. Ce qui toutefois se doit dire avec tempéremment, comme si le mari est homme de métier ou état, est prisonnier pour

dette et la femme s'oblige pour lui, elle ne s'aidera du Velléian.»

Nous savons qu'à Rome la protection de la femme n'était que le prétexte de la création de ce sénatus-consulte. Son but véritable était d'empêcher la femme de prendre par sa fortune et ses services une influence politique sérieuse. Nous croyons que la barbarie primitive des Francs avait, en maintenant ce sénatus-consulte, la même intention. Plus tard cette raison primitive fit place à un motif plus noble de protection à l'égard de la femme. Cette législation signalée par Coquille en fait foi. Remarquons cependant que le mari est favorisé d'une façon singulière, malgré le danger que peut présenter cette faculté pour la femme de le cautionner. Il est vrai qu'un cautionnement intelligent à son profit pouvait avoir de bons résultats au point de vue de la fortune commune, et la phrase finale de Coquille nous donne la clef de cette tolérance. Peu à peu, du reste, la femme peut, par un acte solennel et à la condition d'être prévenue du danger de la renonciation, abandonner la faveur du Velléien et garantir toute dette d'autrui. Henri IV finit même par l'abolir et la femme devint entièrement libre dans ses cautionnements tant à l'égard de son époux qu'à celui des étrangers.

Résumons ce que nous avons dit : Entre époux les donations sont ou complètement défendues ou du moins entravées. Les contrats onéreux eux-mêmes prêtaient à

des fraudes et de ce chef excitaient la défiance du législateur et donnaient lieu à une étroite surveillance. On ne peut dire cependant qu'ils furent réellement interdits entre époux, grâce aux efforts des commentaires.

§ 3. — Droit intermédiaire

6. Ce n'est pas seulement aujourd'hui que nous voyons la passion politique et l'esprit révolutionnaire aveugler certains esprits au point de leur faire préférer aux lois dictées par la sagesse et l'expérience, des libertés pleines de dangers et des dispositions législatives qui leur plaisent par cela seul qu'elles sont en contradiction avec le passé. Comme le dit Troplong : « Le droit révolutionnaire » qui, sur aucun sujet ne profita de l'enseignement du » passé, s'abandonna à son inexpérience en ce qui concerne les donations entre mari et femme. Il n'adopta ni » les rigueurs du droit coutumier, ni les tempéraments » du droit romain et il laissa aux époux toute latitude » pour s'avantager. »

La loi du 17 nivôse an II proclama cette liberté dans son article 14 en abolissant dans son article 61 toutes les lois et coutumes contraires. De cette pleine faculté laissée aux époux de se faire des donations, nous devons conclure à une entière latitude de leur part de contracter à titre onéreux. Voyons comment le Code civil a envisagé la

question et de quelle façon il l'a résolue. Nous n'insistons pas plus longtemps sur cette partie du droit et sur la liberté nouvelle qu'il établit et qui n'eut d'autres résultats que de montrer les inconvénients d'une latitude complète donnée aux époux sans créer à côté le palliatif nécessaire de la révocation facultative.

CHAPITRE II

ÉTUDE GÉNÉRALE

7. Avant d'étudier les règles particulières à chaque contrat, notre Code civil a posé les lois générales qui les régissent tous, au lieu de les disséminer dans les différents titres spéciaux aux conventions diverses dont il s'occupe. Fidèles à cette méthode, nous nous y conformerons dans notre étude des contrats onéreux entre époux ; avant donc d'en aborder les distinctions et les particularités, donnons un coup d'œil d'ensemble à la question.

Nous avons vu que le droit romain tout en interdisant les donations entre époux, leur laissait toute latitude, en ce qui concerne les contrats à titre onéreux, pourvu que ces contrats ne servissent pas à dissimuler une donation. Notre ancien droit Français, plus sévère ou plus défiant, et voulant pleinement protéger contre les fraudes une prohibition copiée sur la loi romaine, semble avoir eu l'intention de défendre entre les époux toute convention

à titre gratuit ou onéreux. Mais la rigueur d'une pareille prohibition et l'esprit libéral des interprètes tendirent à restreindre la portée de la loi et ne réussirent en somme qu'à jeter une grande incertitude sur la question.

Aujourd'hui, sous l'empire de notre Code, cette question fort embrouillée naguères, est-elle enfin résolue et pouvons-nous donner une règle positive et nette ? A vrai dire elle ne nous semble plus présenter de difficultés, et sa solution nous paraît découler d'elle-même d'un examen un peu attentif du Code.

Mais peut-être notre affirmation semblera-t-elle téméraire en présence des nombreux systèmes qui se combattent encore sur ce sujet. Avant d'arriver à l'exposé de notre théorie, appuyée sur l'autorité de M. Demolombe, voyons quels sont ces systèmes et tâchons de les réfuter.

8. Une première opinion veut interdire aux époux tous les contrats qui ne seraient pas exceptionnellement autorisés par une règle spéciale. La prohibition serait la règle, la liberté, l'exception. Si les contrats entre époux étaient permis par la loi, disent les partisans de ce système, l'autorisation du mari serait nécessaire et suffisante pour habiliter la femme à contracter avec lui. Voici donc la fortune de celle-ci livrée sans contrôle ni protection à l'avidité de son conjoint. Si son affection, sa prudence, son intérêt personnel même peuvent faire de lui un protecteur efficace quand la femme contracte avec des tiers étrangers, cette garantie disparaît dans l'hypothèse où nous

sommes ; la femme reste seule avec sa faiblesse, son ignorance des affaires contre la cupidité du mari.

La femme mariée, dit-on encore, n'a pas de volonté propre et personnelle aux yeux de la loi, ou plutôt cette volonté, pour être suivie d'exécution, doit être vivifiée, fécondée par l'autorisation maritale. La plupart du temps même le mari sera l'inspirateur de cette volonté et non pas seulement son soutien ; il ne reste en somme qu'une personnalité active, celle du mari, qu'un vouloir, le sien, la personnalité, la volonté de la femme disparaissent, partant il n'y a plus, quand les conjoints sont les deux acteurs de la convention, contrat au vrai sens du mot, puisqu'il ne peut y avoir concours et entente de volonté.

On tire un troisième argument de l'exposé des motifs de Portalis au sujet de la vente entre époux. Ces motifs, dit-on, ont un caractère général et non spécial à la vente. « Entre personnes si étroitement unies, il serait bien à craindre que la vente ne masquât presque toujours une donation. » Mais cette raison n'est-elle pas applicable à tous les contrats ? Si on craint que la vente, contrat simple, dont la réalisation et les effets sont visibles ne cache des avantages irrévocables et interdits au profit de l'un des époux, combien plus doit-on redouter la fraude au sujet des autres contrats. Non, le Code n'a pas voulu poser une prohibition particulière, mais la vente était, après le contrat de mariage, la première convention dont il avait à s'occuper, et c'est sous son titre qu'il a donné au sujet des

contrats entre époux une formule précise laissant à l'interprète le soin de la généraliser.

Telle est l'argumentation de ce premier système. Il ne permet aux époux que les seuls contrats qu'un texte certain autorise.

Ce premier système ne nous semble pas acceptable.

En ce qui concerne l'autorisation du mari et l'argument qu'on en tire, nous aurons à y revenir plus loin. Disons seulement que cette autorisation, tout en vivifiant, en rendant efficace la volonté de la femme, ne fait pas cette volonté. Cette volonté reste l'œuvre intellectuelle de la femme qui doit ou peut consentir seule, sauf au mari à contresigner, à corroborer cette affirmation personnelle de volonté.

9. Cet argument a cependant sa valeur ; un second système, opposé à celui-ci et dont les conclusions sont toutes différentes a su l'éviter ¹ ou plutôt le supprimer.

Suivant ce système, les contrats onéreux sont permis entre époux, mais l'autorisation de la justice doit, dans ce cas, être substituée à l'autorisation maritale. C'est déjà un progrès vers la vérité, mais ce n'est pas la vérité.

Ce système reprend les arguments du premier, mais non plus pour les tourner contre la liberté de contracter qu'il admet entre époux. C'est contre l'autorité du mari qu'il s'élève. *Nemo potest esse auctor in rem suam* dit-on ; le rôle du mari est de protéger sa femme, de l'éclairer sur les avantages et les inconvénients de l'acte qu'elle est sur

1. En ce sens MM. Duranton, T. II, n° 473 ; Vazeille, T. II, n° 334.

le point d'accomplir, de lui faire toucher du doigt les bons et les mauvais côtés du contrat. Intéressé à l'opération, mais rival de sa femme, lorsqu'il contracte avec elle, comment veut-on qu'il puisse en même temps accomplir son devoir de protecteur et de guide. Cependant, toujours d'après ce second système, les textes sont trop précis pour refuser aux époux le droit de contracter entre eux, il faut donc admettre cette liberté, mais pour la rendre moins dangereuse faire intervenir la justice.

La loi, dit-on, n'a pas spécifié pour les cas qui nous occupent, cette autorisation, mais cette nécessité de l'autorisation judiciaire remplaçant l'autorisation maritale est bien dans son esprit. Les articles 219, 221 et 222 prévoient des cas où le mari ne peut ou ne doit pas donner son consentement, et où la justice autorise à sa place. Un argument plus sérieux est fourni aux partisans de ce système par l'article 1558 qui exige l'autorisation de la justice pour que la femme puisse vendre l'immeuble dotal quand certaines circonstances difficiles rendent cette vente nécessaire. Pourquoi, dit-on; n'est-ce pas le mari qui autorise dans ce cas? C'est parce qu'il a un intérêt personnel à l'acte, parce qu'il y peut trouver un avantage, et par analogie, on s'empresse de conclure de cet article, qu'il faut suppléer au consentement du mari par l'autorisation judiciaire, dès que l'intérêt du premier est en jeu comme il le serait dans les contrats passés avec sa femme. Nous admettons la première partie du système et nous essayerons d'en établir la

preuve, mais nous repoussons cette opinion qui exige l'intervention de la justice au lieu et place du mari en ce qui concerne l'autorisation nécessaire à la femme.

Les partisans de ce système semblent considérer l'autorisation du mari uniquement comme une protection établie en faveur de la femme ; la loi regarderait la femme mariée comme incapable d'agir par elle-même, comme impuissante à se défendre. Elle serait, entre les mains du mari, comme le pupille romain entre les mains de son tuteur, jouant un rôle dont on lui soufflerait les mots, et n'agissant que sur l'avis et d'après l'impulsion d'une autre volonté, celle du mari.

Si la loi avait cru à pareille faiblesse de la part de la femme, elle n'aurait pas songé à protéger seulement l'épouse, mais elle aurait établi, pour venir en aide à tant d'ignorance et de débilité, une tutelle perpétuelle soutenant tant les filles et les veuves que les femmes mariées. Le Code reconnaît au contraire, après leur majorité, la pleine capacité de celles-ci, et les considère comme assez habiles et assez sages pour leur laisser la libre gestion de leur patrimoine. Non seulement nous ne retrouvons pas en droit français la théorie romaine de la tutelle perpétuelle des femmes, mais nous y pouvons découvrir au contraire, sur ce point, des idées toutes différentes. Ne voyons-nous pas, en effet, le Code charger la mère de la tutelle de ses enfants mineurs ? L'aïeule même n'exerce-t-elle pas cette charge ? Bien plus, la femme mariée, renversant son rôle,

peut, dans certains cas, devenir la tutrice de son mari et agir en son lieu et place.

Le raisonnement des partisans du système que nous combattons n'est donc pas dans la vérité, et ce serait commettre une erreur que de voir, dans la nécessité du consentement marital imposé par la loi, uniquement une mesure de protection en faveur de la femme. Sans nier que cette idée ait eu sa part d'influence dans l'adoption des articles 215-217, nous envisageons, avec la plupart des auteurs, d'une tout autre façon le but que s'est proposé le Code, en exigeant cette autorisation. La loi a voulu affirmer en quelque sorte l'autorité du mari, forcer la femme à y demeurer soumise. Elle a craint qu'à côté de certaines natures féminines qui ont besoin d'une force pour soutenir leur faiblesse, d'autres plus énergiques n'eussent que trop de décision et de volonté, et n'agissent que trop facilement d'elles-mêmes. Cette obligation où se trouvent les femmes ainsi organisées, de faire intervenir le mari, les rappelle à la vérité et les oblige à une soumission du moins apparente. Ces articles, du reste, 215 et 217, sont une reproduction des coutumes, et leur origine historique, comme la raison, prouvent d'une façon claire que nous en donnons l'interprétation véritable. Nous voyons enfin, pour confirmer notre théorie, que le mari peut demander la nullité des actes passés par sa femme sans son autorisation, ces actes seraient-ils même avantageux pour la femme.

10. Concluons maintenant : d'après la loi même, la femme est pleinement capable d'avoir une volonté propre et déterminée. La nécessité de l'autorisation maritale est, jusqu'à un certain point, une affaire de police conjugale, qu'on nous permette cette expression, ce mot même d'autorisation le dit assez ; le mari n'intervient que pour mettre à l'acte son couronnement, son intervention dans les préliminaires n'a été nécessaire en aucune façon. C'est la femme qui, légalement, a eu le rôle principal, le rôle actif ; et, en fait, ceci sera plus vrai encore quand les contractants seront les deux époux. La femme, en effet, peut se reposer sur son mari du souci de ses intérêts, quand elle traite avec un tiers ; elle devine, elle sait qu'elle a dans son conjoint un défenseur naturel ; celui-ci est-il partie dans le contrat ? les choses changent, la femme a un rival dans son mari, à elle de veiller ; elle le comprend et agit en conséquence ; l'autorisation du mari lui laisse son entière liberté et n'a sur elle aucune influence coercitive ; elle seule décide, agit et veut, après examen. Le mari n'est donc en aucune façon *auctor in rem suam*, il féconde une volonté, il lui donne son existence légale, mais ne la crée pas de toutes pièces ; elle existe en dehors de lui, et tous ses efforts, du moins au point de vue théorique où nous devons nous placer, ne peuvent rien sur elle.

Ce sont là des arguments de raison ; il suffisait de s'en rapporter au Code pour démontrer l'erreur de ce sys-

tème qui voudrait, à l'autorisation maritale, substituer l'autorisation judiciaire.

Il suffit, pour faire cette preuve, d'énoncer la règle générale, et de chercher ensuite dans les exceptions qu'y apporte le code une décision favorable à cette théorie ; nous verrons qu'on ne l'y trouve pas. En ce qui concerne les actes extra-judiciaires, les seuls dont nous ayons à nous occuper dans notre démonstration, la loi est contenue dans l'article 217 qui est ainsi conçu : « *La femme même non commune ou séparée de biens ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit* ».

Telle est la règle générale, la loi ordinaire à laquelle nous n'avons le droit de rien ajouter. Le mari, quel que soit le régime matrimonial, est seul apte à autoriser la femme, quelles que soient les personnes qui contractent avec elles. L'article il est vrai ne précise pas ce dernier point, mais son silence même prouve combien la chose semblait claire au législateur et hors de doute.

Cherchons maintenant les exceptions qui dérogent au droit commun. Toutes, nous le remarquons, ont pour but de parer à une seule éventualité : le cas où la femme serait matériellement ou moralement dans l'impossibilité d'obtenir l'autorisation maritale. Le refus du mari de donner son autorisation, une condamnation de celui-ci à une peine afflictive et infamante, son interdiction ou son

absence, tels sont les cas tous spéciaux dans lesquels l'autorisation judiciaire supplée à celle du mari. Mais nous chercherions vainement une exception concernant les contrats entre époux. On ne peut objecter cependant que la loi ne les avait pas prévus. Les auteurs même qui refusent d'admettre d'une façon générale leur existence légale et leur validité, sont bien forcés de reconnaître qu'il peut exister d'une façon exceptionnelle de tels contrats. Les donations entre époux, la vente dans les cas spéciaux admis par l'article 1593 sont reconnus et réglementés par le code. Nulle part cependant, même à propos de ces contrats qui ont particulièrement attiré l'attention du législateur, nous ne trouvons un mot qui permette à l'interprète de déroger, en ce qui concerne l'autorisation maritale, à la règle générale de l'article 217.

Nous trouvons cependant un cas où cette autorisation n'est pas exigée, mais ce cas même peut servir à notre démonstration ; cette preuve nous est fournie par l'article 1096 qui dit dans son § 2 : « *La révocation — il s'agit des donations entre époux — pourra être faite par la femme sans y être autorisée par le mari ou par justice* ».

Les donations entre époux étant toujours révocables, il fallait, en cas de repentir de la femme, la soustraire à l'autorité du mari. Dans cette hypothèse en effet, si l'autorisation édictée par l'article 217 eût été nécessaire, le mari se serait vraiment trouvé être *auctor in rem suam*. Il

aurait pu s'opposer injustement ¹ à une révocation désirée par la femme. Le code a évité ce péril, ce qui prouve encore qu'il n'a pas perdu de vue notre hypothèse, et s'il n'a rien dit de particulier au sujet de l'autorisation nécessaire à la validité des actes passés entre époux, c'est qu'il n'a pas cru devoir faire exception à la règle générale. Quant à l'argument tiré de l'article 1558, argument que nous avons reproduit plus haut, il n'a dans la question aucune valeur. Il s'agit de vendre l'immeuble dotal en dehors des cas où cette aliénation a été prévue et permise par le contrat de mariage. Or nous savons que *les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement* ², sauf des exceptions. L'article 1558 contient quelques-unes de ces exceptions, et il énumère les conditions nécessaires pour que les conjoints puissent user de cette liberté exceptionnelle d'aliéner. Cette liberté ne leur est laissée que de la façon la plus stricte ; et la loi pour contrôler cette opération a exigé l'intervention de la justice. Est-ce à dire que la justice remplace en ce cas l'autorisation maritale ! En aucune façon. Dans ce cas

1. Il est vrai que la femme aurait eu dans ce cas le recours de l'art. 219, qui lui permet de s'adresser à la justice si le mari refuse sans motifs de donner son consentement à un acte utile à la femme. Mais celle-ci n'en eût pas moins été entravée par l'application de la règle générale, surtout dans des questions aussi délicates que celles des donations entre époux.

2. Art. 1534.

ce n'est pas la femme seulement, ce sont les deux époux qui ont besoin de cette autorisation, de cette approbation judiciaire. La justice ne vient pas, au lieu et place du mari, substituer l'autorité du juge à son autorité naturelle. Elle vient l'affranchir, lui comme la femme, du joug de l'inaliénabilité dont seul il était impuissant à se dégager. Ce qui prouve bien du reste que ce n'est pas de l'autorité maritale que s'est défié la loi, ce qui éclaire vivement ses intentions, c'est qu'elle rend au mari la plénitude de ses droits, qu'elle le laisse maître d'autoriser ou non l'acte concernant le fond dotal, lorsque le contrat de mariage en déclare libre l'aliénation.

Et vraiment plus on étudie pour le réfuter cet argument des défenseurs du système de l'autorisation judiciaire, et plus on est surpris de la théorie qu'ils soutiennent. Le respect de la loi pour la règle générale qu'elle a posée au titre du mariage, le soin avec lequel elle évite d'y déroger éclatent dans tous les textes qui environnent l'article 1558. Lisons pour nous en convaincre l'art. 1555 par exemple : « *La femme peut avec l'autorisation de son mari ou sur son refus avec permission de justice donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants qu'elle aurait d'un mariage antérieur ; mais si elle n'est autorisée que par justice, elle doit réserver la jouissance à son mari.* » La première partie de ce texte n'est qu'une application de la règle de l'art. 217 avec le tempérament de l'art. 219, mais dans sa seconde partie le système général de la

loi éclate tout entier : sans que le mari ait à donner de raisons, sans qu'il ait à prouver la nécessité de ces revenus pour ses besoins, la femme ne peut lui enlever la jouissance des biens dotaux ; lui et lui seul peut consentir cet abandon ! Et quand on voit ce souci de la loi de respecter l'autorité du mari envers et contre tout, on voudrait le supprimer dans une hypothèse moins compliquée, alors qu'aucune raison sérieuse n'exige cette dérogation nulle part prescrite ?

11. Il est vrai que ce système contre lequel nous nous élevons fait valoir d'autres arguments. On invoque en sa faveur l'art. 2144. D'après cet article le mari pourra, *du consentement de sa femme et après avoir pris l'avis des quatre proches parents d'icelle réunis en assemblée de famille demander que l'hypothèque générale sur tous ses immeubles pour raison de la dot, des reprises et des conventions matrimoniales soit restreinte aux immeubles suffisants pour la conservation entière des droits de la femme.* On devine l'argumentation de nos adversaires : Voici un cas où la femme et le mari ont des intérêts opposés, or la loi dans sa prévoyance fait intervenir la justice, il est donc dans l'esprit du Code d'étendre cette règle à tous les cas où les conjoints ont des intérêts opposés. On pourrait, raisonnant par *a contrario*, leur répondre que si telle était la volonté de la loi, elle ne l'aurait pas rejetée à la fin du Code, qu'elle l'aurait dit plus tôt et qu'il ne faut voir là au contraire qu'une exception spéciale. C'est un peu la réponse

de M. Demolombe qui dit à ce sujet : « Quant à l'art. 2144, » c'est là une exception qui prouve elle-même et qui confirme de plus en plus la règle; exception justifiée par » le caractère particulièrement dangereux de l'abandon » que la femme ferait alors à son mari. Aussi voyez-vous » qu'il ne s'agit pas là non plus d'une autorisation de » justice comme dans notre titre, il y a procès, il y a » litige; le tribunal, à vrai dire, n'autorise pas, il juge¹! »

Pour nous, nous ne voyons pas dans l'art. 2144 d'exception à notre règle générale; c'est une hypothèse tout autre et qui ne peut en rien nous égarer. Que s'agit-il de restreindre dans l'espèce prévue par l'art. 2144! L'hypothèque légale de la femme. Or cette hypothèque, son nom l'indique, a dans la loi son origine et non dans quelque contrat préalablement passé entre les époux. Elle est née fatalement du mariage, à l'insu des conjoints peut-être, sans leur concours en tous cas. Tout ce qu'ils ont pu faire c'est d'en requérir l'inscription sur les registres du conservateur! Cette hypothèque, on le sait, est générale, et atteint tous les immeubles du mari. S'agit-il de la restreindre, ce n'est pas une convention passée avec la femme qu'on veut modifier, c'est la loi qu'on bat en brèche, la loi qui, par sa seule puissance, a grevé les biens du mari de cette charge, c'est entre la loi et le mari que s'élève le débat. En exigeant l'intervention de la justice, le Code n'a donc pas apporté une exception à la règle générale

1. Code civil, IV, n° 234, § 4.

qui rend l'autorisation du mari nécessaire à la validité des actes de la femme.

Il a voulu simplement tempérer un peu la rigueur parfois exagérée de la situation dans laquelle il mettait le mari en lui imposant un hypothèque générale ; cette hypothèque en effet pouvait porter sur une quantité considérable d'immeubles de valeur, tandis que l'avoir de la femme n'avait en comparaison qu'une valeur infime. Ce n'est donc en réalité qu'une exception créée par la loi contre la loi même, exception dont le code a bien déterminé le champ et à laquelle il a voulu assurer toutes les garanties possibles. La femme il est vrai n'est pas étrangère au débat, c'est elle qui est la véritable intéressée ; il n'en est pas moins certain que la loi veille avec elle, au-dessus d'elle et que la loi, par sa prévoyance, est dans le débat causé par l'article 2114, la véritable défenderesse contre le mari.

Si le législateur avait dérogé à la généralité de ses règles en considération de l'intérêt personnel que pouvait avoir le mari dans les actes dont nous nous occupons, il n'aurait pas abandonné ce système protecteur. Mais nous le répétons encore, il s'est fié à la sagesse, à l'énergie de la femme pour défendre ses intérêts quand elle aurait pour adversaire son mari ou quand elle aurait sujet de se défier des actes qu'il pourrait lui inspirer. Si le but du code dans l'article 2144 était bien celui que lui prêtent nos adversaires, de quelle légèreté, de quelle imprévoyance ne

pourrions-nous pas l'accuser ! En effet il renonce à cette protection tutélaire, il laisse au mari l'entière latitude d'autoriser ou non sa femme, dès qu'il ne s'agit plus d'une restriction générale et pour ainsi dire impersonnelle de l'hypothèque légale, mais bien d'une cession de cette hypothèque au profit d'un créancier du mari. Pour celui-ci pourtant l'intérêt est bien le même, peut-être est-il plus sensible encore, partant plus dangereux pour la femme. La jurisprudence cependant, dans ce cas du moins fidèle interprète de la loi, est formelle en ce sens. Un arrêt du 24 mars 1824 le dit catégoriquement : *attendu qu'il est reconnu que la femme commune en biens, peut avec l'autorisation de son mari, transporter à des tiers les droits de son hypothèque légale*. Sirey, 1835, 2, 86.

Citons enfin pour clore notre réfutation ce décret du 17 mars 1809 qui confirme notre raisonnement : « La femme mariée peut constituer en majorat au profit de son mari et de leurs descendants communs les biens à elle propres, sans qu'il soit besoin d'autre autorisation que de celle acquise par l'article 217 du Code civil. » Ce décret au point de vue de l'autorisation, ne faisait qu'interpréter la loi. Or voici bien un cas où le mari est intéressé au premier chef ; qu'importe ! la femme n'en garde pas moins assez de liberté et d'initiative pour qu'il soit nécessaire de la protéger par une loi d'exception.

De ce que nous venons de dire nous concluons que l'autorisation du mari est nécessaire et suffisante dans les con-

trats entre époux, si toutefois ces contrats sont permis. C'est le point le plus important de notre sujet, que nous chercherons à établir, après toutefois avoir touché à une question de détail qui se rapporte à ce que nous venons de traiter.

12. La femme mineure peut-elle, comme une majeure traiter avec son mari sans autre autorisation que celle de ce mari? La question, on le voit, a son intérêt. Peut-être semblerait-il plus naturel de traiter ce sujet comme un appendice à la théorie générale des contrats entre époux, et d'établir d'abord leur validité, mais ce point à élucider est bien à sa place aussi à côté d'une étude de l'autorisation maritale, étude que la nécessité de dégager de tous systèmes faux ou inutiles notre théorie, nous a conduit à anticiper.

Émancipée par le mariage, la femme peut faire seule les actes d'administration. Dans ce cas et pour tous ces actes, c'est seulement en qualité de mari que celui-ci est appelé à donner son autorisation; il n'y a pas là de difficulté et la règle de l'article 217 s'applique à la lettre. Mais s'il ne s'agit plus d'actes de simple administration, s'il s'agit d'un de ces actes que le mineur émancipé ne peut faire sans l'assistance de son curateur, le mari pourra-t-il donner seul et valablement son autorisation à un contrat dont les conjoints sont les deux acteurs? Admettre l'affirmative serait, je crois, dangereuse. La femme encore mineure est considérée par la sagesse de la loi comme incapable à un

double titre : comme femme mariée d'abord, à ce titre le mari complète sa personnalité, ensuite comme n'ayant pas atteint l'âge que le législateur considère comme nécessaire au plein épanouissement de la raison et de la volonté ; à ce second titre, un curateur est nécessaire pour surveiller une personne inexpérimentée encore, c'est le mari qui est naturellement désigné pour remplir cet office. Voici donc, dans notre hypothèse, si l'on considère l'autorisation matrimoniale comme suffisante, la femme mineure livrée à toute la puissance du mari. C'est par l'interprétation de la loi que nous avons établi la vérité au sujet de l'autorisation matrimoniale qui est suffisante pour les contrats entre époux majeurs, c'est par elle encore que nous éclaircirons cette difficulté de détail.

Nous disons donc que le mari d'une femme encore mineure joue un double rôle, celui d'*auctor* que lui donne le mariage et en même temps jusqu'à la majorité de la femme celui de *curateur*. Mais en vertu de ce second titre il devra se soumettre aux exigences de la loi. Or la loi veut que toutes les fois que le curateur et celui dont il a la curatelle ont dans une affaire des intérêts différents, un curateur spécial soit nommé. M. Demolombe signale cette obligation en termes généraux qui embrassent toutes les curatelles : « Lorsqu'il arrive, dit l'éminent jurisconsulte, que dans une *circonstance quelconque* le curateur a des intérêts contraires à ceux du mineur émancipé, et qu'il ne peut en conséquence l'assister, on doit

nommer un curateur *ad hoc* pour le remplacer dans cette circonstance.¹ » Cette mesure, dans l'hypothèse spéciale de la minorité de la femme mariée, nous semble absolument applicable quand cette femme veut passer un contrat quelconque avec son mari. Hâtons-nous d'ajouter que cette formalité sera pratiquement assez rarement employée soit que les conjoints puissent, plus facilement que d'autres, attendre, pour contracter, leur pleine capacité ; soit que la loi ait défendu aux mineurs certains contrats, soit enfin qu'elle leur laisse dans plusieurs d'entre eux la capacité d'agir seuls.

Il est temps d'en arriver au corps même du débat, c'est-à-dire à l'exposé de notre opinion sur les contrats entre époux.

Dans le court résumé historique que nous avons mis en tête de cette thèse de droit Français nous avons vu que la prohibition des contrats onéreux entre époux, toujours moins sévère que l'interdiction des contrats à titre gratuit n'en était jamais que la conséquence. En les défendant, ce qu'on cherchait à éviter ce sont les fraudes qu'ils auraient pu cacher ; ce qu'on poursuivait en eux, c'étaient les avantages qu'auraient pu se faire les époux sous leur apparente forme. Nous avons indiqué aussi la tendance des juristes à émousser cette prohibition, tendance qui indique la gêne où les mettait cette loi coutumière.

13. Aujourd'hui, à de certaines conditions et sous des

1. Demolombe, *Droit civil*, t. VIII, n° 253.

restrictions de détail, les donations entre époux sont autorisés; pourquoi ne laisserait-on pas aux conjoints cette autre liberté plus nécessaire, la faculté de contracter. Et qu'on ne croie pas qu'en déclarant cette liberté nécessaire nous exagérions théoriquement un besoin pratique; comme le dit Toullier: « L'union intime que le mariage forme entre les époux, ne les empêche pas d'être deux personnes distinctes tant au physique qu'au moral; *personnes qui ont des biens et des intérêts différents* et la capacité naturelle de les administrer et d'en disposer. Il était véritablement étrange¹ que la femme qui pouvait faire un commerce séparé de celui de son mari, faire par conséquent société avec un tiers, contracter avec lui, lui vendre des biens provenant de son commerce, ne put faire de contrat avec son mari. »

Voici certainement de bonnes raisons en faveur de notre théorie, si cependant le code s'était prononcé pour la négative, nous pourrions le regretter au nom de l'intérêt général, mais nous n'aurions qu'à nous incliner devant son autorité. Nous ne trouvons heureusement rien de semblable dans la loi. Elle nous prête au contraire son appui et l'examen des dates va nous servir à poser solidement le principe de la vérité.

14. *Pour nous sont permis entre époux tous les contrats onéreux qui ne sont pas prohibés par un texte spécial, sous la seule condition de leur sincérité.* Nous entendons

1. Toullier fait allusion au droit coutumier.

par ces derniers mots qu'il faut que ces contrats onéreux remplissent dans la réalité le but que leur donne les apparences, c'est-à-dire qu'ils ne servent pas à dissimuler une donation ou à porter un changement aux conventions matrimoniales.

Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi, ainsi s'exprime l'article 1123. Ce principe de liberté est si lumineux, si clair qu'il sert à lui seul de démonstration ; et le doute ne sera plus permis si nous ne trouvons nulle part le code édicter contre les époux dans leurs rapports d'affaires une de ses incapacités dont parle l'article précité.

L'article 1124 fait la nomenclature de ces incapables. Or nous n'y trouvons nulle part rien qui atteigne les époux entre eux ; toutefois sans vouloir trop insister sur cette absence de prohibition précise qui nous est favorable, cherchons si nous pourrions la trouver en germe ? Au nombre des incapables — les autres ne sauraient nous intéresser dans la question — la loi range *les femmes mariées dans les cas exprimés par la loi* ». Quels sont maintenant ces cas ?

L'incapacité de la femme mariée résulte soit de la nécessité de l'autorisation maritale, soit du régime sous lequel elle est mariée. En dehors de ces exceptions, la femme mariée est pleinement libre ; quant au mari, rien non plus qui le puisse atteindre.

Cette prohibition que nous chercherions en vain, quel-

ques jurisconsultes ont cru la découvrir dans l'article 1595.

À les entendre ce texte qui défend la vente entre époux en dehors de certains cas, tous spéciaux, serait une règle générale applicable à tous les contrats. Nous pouvons leur demander sous quels indices ils se basent pour donner cette extension étrangère à une règle toute spéciale. Notre théorie a fait une part suffisante aux prohibitions prévues par la loi, cette restriction en faveur des contrats défendus suffit et rien ne nous permet de généraliser, si nous n'avions pour nous le plus solide de tous : le silence de la loi qui équivaut dans le cas dont nous nous occupons à la reconnaissance de la liberté. Citons pour nous en convaincre cet article 1595 : *Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants, etc.* Si d'une façon générale les contrats entre époux avaient été interdits, le code aurait eu très certainement une formule toute différente ; il aurait dit, par exemple : « Le contrat de vente peut avoir lieu entre époux dans les trois cas, etc. De négative, forcément son exception serait devenue positive. »

Mais une longue discussion sur ces principes évidents serait plus qu'inutile ; nous le répétons par cela même qu'ils ne sont pas interdits d'une façon générale, nous pouvons considérer les contrats entre époux comme permis.

45. Toutefois, en laissant aux époux cette liberté nécessaire, nous ne devons pas oublier certaines prescriptions de la loi qui peuvent dans plusieurs circonstances limiter

la sphère d'action dans laquelle cette faculté laissée aux époux doit se mouvoir.

Un double principe restreint en effet cette liberté. C'est le principe de la révocabilité des donations entre époux, et celui qui déclare incommutables les prescriptions du contrat de mariage.

C'est pour sauver ces deux prescriptions de la loi que nous avons exigé, pour la validité des contrats entre époux, la sincérité de ces contrats. On nous objectera, il est vrai, la difficulté que présentera souvent l'appréciation de cette sincérité. Nous répondrons que ce sont là des difficultés de pratique, dont la théorie n'a pas à s'occuper. C'est le devoir de la justice de pénétrer habilement dans les œuvres des hommes et d'en démêler les mobiles. La loi du reste a eu soin d'alléger cette tâche, en interdisant les contrats tels que la vente où la fraude pouvait le plus facilement se glisser.

Valables s'ils sont sincères et non exceptionnellement défendus par la loi, ces contrats, à notre sens, sont au contraire nuls s'ils portent atteinte au double principe dont nous avons parlé. Cette nullité, comme on le verra, tient à des causes générales et non à leur nature de contrats entre époux. Il y aurait là cependant des causes spéciales de nullité ; en ce qui concerne, par exemple, les donations entre époux, son déguisement sous forme de contrat à titre onéreux les pourrait rendre irrévocables, contrairement à la loi. Mais nous le répétons, nous prouverons la

nullité de tels contrats d'une façon moins spéciale, et en en cherchant plus haut les causes.

Que de partisans pourtant contre ce système de nullité que nous défendons ! Bien plus, pour certains auteurs, les contrats entre époux *même ceux qui sont défendus*, vaudraient comme donation déguisée ! Éluçidons d'abord ce point particulier qui n'a en somme que peu de défenseurs.

Toullier s'est fait l'apôtre de cette étrange opinion, au reste cette théorie greffée sur le système de la jurisprudence qui admet la validité des donations déguisées, est ou paraît presque défendable grâce à lui, tant il est vrai que dans notre science positive du droit, presque autant qu'en mathématiques, l'admission d'un point de départ faux ou erroné peut conduire à de véritables énormités.

Pour Toullier¹ donc et quelques autres, les contrats défendus entre époux cesseraient de valoir comme tels, mais ne seraient pas nuls cependant et devraient être envisagés comme des donations déguisées faites par un conjoint à l'autre et seraient soumises à toutes les règles qui régissent ces donations spéciales. Ainsi pour cet auteur une vente faite en dehors des cas exceptionnels du Code « serait réputée donation déguisée sous la forme » d'un contrat de vente. Ainsi loin d'avoir la force d'une » vente faite entre étrangers, elle serait soumise à la révocation de l'article 1096 contre les dons entre vifs faits » entre époux : *cette vente conserverait toute sa force si le*

1. Toullier, XII, 44.

» *mari ne la révoquait pas avant sa mort* parce que la
» jurisprudence a consacré la validité des donations
» déguisées sous la forme d'un autre contrat. Ainsi une
» telle vente n'est pas nulle ; car il faut bien remarquer
» que l'article 1595 ne la déclare pas telle. Il se borne à
» dire que le contrat de vente ne peut avoir lieu entre
» époux que dans les trois cas dont nous venons de
» parler, il ne dit pas qu'il soit nul dans les autres cas. »

Quel raisonnement surprenant que celui-ci ! Quoi, parce que la loi a dit : « Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants... » on ne trouve pas le principe de nullité des autres cas assez nettement posé ? Mais le Code s'exprime-t-il autrement quand il déclare que « l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans, ne peuvent contracter mariage ? » Les articles 147, 148, 513, etc. ne se servent-ils pas de tournures de phrase identiques pour édicter des prohibitions ou des précautions qui, si on passe outre, rendent l'acte absolument nul ? Il est vrai que l'article 1596 a précisé plus nettement la question de nullité : « *Ne peuvent se rendre adjudicataires*, y est-il dit, *sous peine de nullité*... etc. » Mais qu'importe que la rédaction soit différente, si l'intention du législateur n'en est pas moins évidente ! Pleins encore peut-être du souvenir des prohibitions absolues du droit coutumier au sujet des donations et contrats entre époux, les auteurs du Code ont-ils moins songé à insister sur cette nullité, vestige des

défenses anciennes; il est certain cependant qu'ils ont bien eu l'intention d'interdire la vente, vraie ou simulée, sauf les cas exceptionnels qu'ils ont pris soin de préciser.

Mais à notre sens ce ne sont pas seulement les contrats ainsi défendus entre époux qui sont nuls lorsqu'ils servent à dissimuler une donation, ce sont tous les contrats entre époux qui ont pour but, comme nous l'avons énoncé en formulant notre règle générale : 1° de constituer en faveur d'un des conjoints une donation déguisée, 2° de déroger d'une façon quelconque aux conventions matrimoniales.

16. Pour démontrer la vérité que nous soutenons en ce qui concerne la première de nos deux hypothèses, il n'est pas nécessaire d'étudier la question au point de vue spécial des contrats entre époux. Il importe peu que les contractants soient des conjoints ou des étrangers. Nous considérons en effet comme nuls tous actes, quelle que soit leur forme apparente, s'ils n'existent en somme que pour constituer une donation. En un mot nous déclarons nulle *toute donation déguisée* soit sous forme d'un contrat à titre onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées.

17. La prohibition formelle de la loi que la jurisprudence semble ne pas trouver dans ce cas, n'est-elle pas formulée de la façon la plus évidente dans l'article 931 ? « Tous actes, dit la loi, portant donation entre vifs seront passés devant notaire dans la forme ordinaire des

contrats et il en restera minute sous peine de nullité ». La règle n'est-elle pas absolue ! En adoptant le système de la jurisprudence, on pourrait arriver aux plus étranges conséquences, et rien ne resterait des règles de prudence dont le code a pris soin d'entourer la donation. Le législateur, ne l'oublions pas, ne s'est pas contenté de poser à ce sujet des principes généraux destinés à faciliter aux parties un contrat utile ; il en a scrupuleusement détaillé les conditions d'existence et les résultats ; mais c'eût été un travail inutile, s'il avait laissé aux parties le droit d'en éviter les formalités aussi facilement. Admettre que la donation déguisée est valable, c'est ruiner tout le système du code, c'est prétendre qu'on peut faire une donation par acte sous-seing privé, c'est vouloir permettre les donations révocables ou faites pour un temps ; et c'est le faire, remarquons-le bien, sous la seule apparence d'un autre acte, sans qu'il soit le moins du monde nécessaire de déguiser vraiment l'acte véritable autrement qu'au point de vue de la forme. Primus, je suppose, dans un moment de générosité, se reconnaît par écrit et selon les formules légales débiteur de dix mille francs envers Secundus auquel pourtant il ne doit rien : la donation est prouvée, Secundus l'avoue lui-même ; qu'importe ! Primus n'aura le droit d'invoquer ni l'absence d'un acte authentique, ni le manque des conditions de validité de la donation ; il faudra qu'il paye ; ainsi déguisée la donation est valable !

M. Demolombe, qui donne l'appui de son autorité au système que nous soutenons, dit avec raison « deux conditions nous paraissent indispensables pour que la simulation ne soit pas une cause de nullité dans un contrat, à savoir : 1° que ce contrat lui-même réunisse les conditions nécessaires à sa validité ; 2° que la simulation ne soit pas un moyen pratiqué en fraude des dispositions de la loi. Or ces deux conditions font défaut dans la simulation qui a pour but de déguiser une donation sous l'apparence mensongère d'un contrat à titre onéreux ». Pourquoi en effet se montrer favorable à une dissimulation. Les parties pouvaient librement réaliser leurs désirs de libéralité par les moyens légaux. Elles ne l'ont pas fait ; elles doivent subir les conséquences de leur peu de soumission aux prescriptions de la loi. Ces prescriptions, remarquons-le bien n'ont pas été posées d'une façon quelconque. De tout temps le législateur semble avoir regardé la donation avec une certaine défaveur ou du moins il a voulu éviter l'entraînement et la passion toujours trop prompte, en entourant ces libéralités de précautions particulières destinées à leur donner tout le sérieux nécessaire à de pareils actes et à imposer à leur auteur les réflexions utiles à la sagesse de sa décision. Notre Code a cru trouver ces garanties dans la solennité de l'acte authentique, il l'impose, et on voudrait que, par une inconséquence inexplicable, il renonçât aussi facilement aux précautions exigées, et qu'il permit qu'un simple changement de forme introduit dans

un contrat dont le fond reste le même, fût suffisant pour le débarrasser des règles de prudence dont on l'entoure ?

Pourtant, soutenir cette thèse, c'est presque, selon le mot de M. Demolombe, recommencer un combat que l'on peut considérer aujourd'hui comme terminé. Qu'importe ! n'est-ce pas le devoir de la doctrine de toujours maintenir ce qui lui semble la vérité, en dépit des systèmes de la jurisprudence ? Car la jurisprudence, après quelques fluctuations, semble aujourd'hui bien fixée sur ce point ; contrairement à notre opinion, elle reconnaît la validité des donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux. La plupart même des auteurs, nous devons le reconnaître, semble favorable à cette façon de voir de la Cour de cassation. Citons, pour bien poser sa jurisprudence, un arrêt assez récent :

« Il est certain, dit la Cour, que les libéralités déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, sans fraude, entre personnes capables de donner et recevoir sont valables, même depuis la loi du 21 juin 1843 ¹ ; qu'en effet il est permis de faire indirectement ce qu'il est permis de faire directement, *à moins de prohibition contraire...*, etc. Sirey, 1878, 1, 29.

18. On invoque à l'appui de ce système les traditions anciennes tant du droit romain que du droit français. On part d'une idée juste peut-être à un point de vue extra

1. La loi du 21 juin 1823 concerne les questions de formes pour la réception des actes portant donation, etc.

juridique, et en vertu de laquelle on ne peut admettre qu'une donation permise soit déclarée nulle par cela seulement qu'elle n'a pas été ostensiblement faite. On tire enfin un argument de la rédaction de l'article 914, qui prononce la nullité de dispositions faites au profit d'un incapable, qu'elles soient déguisées sous forme d'un contrat à titre onéreux ou faites à des personnes interposées. Par un raisonnement *a contrario*, on prétend que, faites à des personnes capables, les donations déguisées sont valables. Mais que d'erreurs et de contradictions on prêterait à la loi avec ce genre de raisonnement ! Nous croyons que cet article n'a eu qu'un but, atteindre les incapables de la plus entière façon ; il court au-devant de toutes les fraudes pour les frapper, mais nous ne devons pas en tirer d'induction. Voyez l'article 1099, dans son premier alinéa, il déclare nulles les donations qui dépassent certaines limites ; la prohibition était générale et comprenait toute espèce de donations ; cependant, pour ne pas laisser même l'ombre d'une équivoque, il revient sur sa défense et ajoute : « toute donation ou déguisée ou faite à personnes interposées sera nulle. » Qui, pourtant, aurait pu douter de la nullité des secondes, quand le code annulait si positivement les donations exagérées sans les spécialiser ? Admettons donc que le code a été, peut-être un peu inutilement, prolix dans l'article 914, mais ne lui faisons pas dire là ce qu'il n'a jamais eu l'intention d'y édicter. Regrettons simplement qu'il se soit montré plus concis en ce qui con-

cerne notre question et qu'il ait cru être assez précis en exigeant, dans son article 901, la solennité de l'acte de donation, sans déclarer la nullité des donations déguisées (nullité qui s'en dégage pourtant bien nettement), puisque ce silence a entraîné la jurisprudence à se prononcer contre l'esprit évident du Code et la doctrine à la suivre dans cette voie.

Nous venons d'envisager la question au point de vue général. Nous considérons comme nul tout contrat onéreux ne servant qu'à dissimuler une donation, et nous admettons par conséquent que les contrats onéreux entre époux n'échappent point à cette règle, qu'il n'est du reste nécessaire d'invoquer à leur sujet que dans le cas où le contrat incriminé n'est pas particulièrement atteint par une prohibition telle, par exemple, que celle de l'article 1595. Dans ce cas, nous l'avons démontré, il y a une cause de nullité intrinsèque qui dispense d'en chercher de moins directes.

19. Si ces contrats sont destinés à apporter un changement aux clauses du contrat de mariage, leur nullité est également certaine. Toullier s'est fait le défenseur d'un système qui n'a pas réuni de partisans, à l'entendre : « toutes les conventions postérieures à la célébration du mariage qui ont pour objet de régler les droits des deux époux ou de l'un d'eux, ou bien de changer les clauses des conventions matrimoniales doivent être et sont, suivant l'esprit et les dispositions du Code, non plus nulles

comme autrefois, mais toujours révocables à la seule volonté des conjoints. » Cette théorie, en contradiction absolue avec les principes du Code, a été savamment réfutée par M. Demante ¹. Nous croyons inutile d'insister pour la combattre. Contentons-nous de rappeler, et la démonstration de la vérité sera faite, que le Code s'est attaché à marquer sa ferme volonté de maintenir inébranlables, incommutables les conventions matrimoniales. Les articles 1097 et 1451 sont formels à cet égard ; enfin, une disposition qui marque bien l'esprit du législateur, c'est celle du nouvel article 293, al. 2 (loi de 1884 au sujet du divorce), qui décrète que, en cas de réconciliation, les époux divorcés ne pourront adopter un régime autre que celui qui réglait originairement leur union. Pour que la loi ait poussé si loin la prévoyance, ne fallait-il pas qu'elle eût bien à cœur le maintien de ces dispositions.

Ainsi, nous devons conclure de l'étude générale qui précède : 1° que, sauf exception, les contrats à titre onéreux sont permis entre époux quand ils sont sincères ; 2° que ces mêmes contrats sont nuls s'ils ont pour but de dissimuler une donation ou de modifier les conventions matrimoniales ; 3° que l'autorisation maritale suffit à la validité de ces contrats.

C'est à la lumière de ces principes généraux que nous étudierons les particularités de chaque contrat lorsqu'ils ont les époux pour auteurs.

1. *Thémis*, t. VIII.

CHAPITRE III

LA VENTE ENTRE ÉPOUX

20. Dans notre étude générale sur les contrats entre époux, nous avons eu à dire déjà quelques mots de la vente et des prohibitions spéciales qu'il atteint. Pourquoi cette sévérité particulière?

« Le projet de loi défend les contrats de vente entre époux à moins qu'il ne s'agisse de cessions de biens faites l'un à l'autre de sommes légitimement dues ou pour tenir lieu de emploi, en un mot de cessions qui, fondées sur des droits incontestables, soient à l'abri de tout avantage indirect. Sans cette précaution en vain la loi des donations aurait fixé ce que les époux peuvent se donner; elle serait trop facilement éludée ¹. »

Ce premier motif, que nous empruntons au rapport du tribun Faure lors de la discussion de la loi, n'était pas le seul qu'on pût invoquer. D'autres contrats, permis cependant, peuvent servir à dissimuler des donations exagérées

1. Fenet, t. XIV, p. 155.

et irrévocables. Mais si la fraude n'est jamais facile à découvrir, la difficulté eut été tout particulièrement grande dans ce contrat de vente. Une autre raison qui légitime cette interdiction, malgré la gêne qu'elle peut mettre dans les rapports pécuniaires des époux, c'est que les conjoints auraient pu, trop facilement, au moyen de la vente, soustraire aux créanciers leurs gages mobiliers ou immobiliers les plus sûrs. Toujours incertaine et d'autant plus incertaine que rien n'eût indiqué de changements de propriétaire, la propriété aurait pu passer continuellement du mari à la femme ou réciproquement, et les créanciers leurrés auraient vu leur débiteur, toujours à l'abri de leurs poursuites, vivre paisiblement dans ses propriétés d'hier dont il jouirait encore mais sans plus en être le maître.

Au reste, quels qu'en soient les motifs, la règle est formelle : *la vente, d'une façon générale est défendue entre époux*. Disons-nous, nous en rapportant au Code, qu'elle est permise dans quelques cas spéciaux. Ce serait peut-être une erreur si nous nous piquons d'exactitude. En analysant les différents cas dans lesquels la loi admet la vente entre époux, nous verrons que l'opération ainsi qualifiée est une *datio in solutum* et non une vente.

21. La *datio in solutum* ou dation en paiement, est la cession que fait un débiteur à son créancier d'une chose autre que celle qui lui est due. Un mari par exemple, pour prendre une espèce bien en rapport avec notre sujet, est

obligé, à la suite d'une séparation de biens, de payer à sa femme une somme dont elle est créancière ; pourquoi le forcer à vendre ses meubles ou ses immeubles à des étrangers, pour se procurer de l'argent, quand ces objets ont une valeur suffisante pour désintéresser la femme et peuvent lui convenir. Cette opération en résumé, comme on le voit, deux autres en elle : un paiement et une vente, Ces deux opérations sont faciles à décomposer. La femme, dans notre espèce, pourrait, je suppose, acheter au mari un immeuble qu'elle paierait ; nanti de cet argent, le mari débiteur paierait alors la femme à son tour avec ces mêmes espèces. La *datio in solutum* évite ces complications. Toutefois le Code n'a pas consacré de règles spéciales à cette opération qu'il semble confondre avec la vente ; si frappante pourtant que soit l'analogie entre ces deux actes on pourrait signaler des différences ¹ entre elles.

1. Ces différences existent : 1^o Au point de vue de la garantie : si le créancier qui a reçu la chose en paiement vient ensuite à en être évincé, il ne pourra demander au débiteur garant que le prix de sa créance et les frais et déboursés occasionnés par cette éviction et non des dommages-intérêts pour la privation de jouissance qui l'atteint ; 2^o Si la dette n'existait pas, celui qui a donné en paiement son fonds peut répéter ce fonds même et non pas seulement la somme représentative de sa valeur — sauf le droit des tiers. — Il est vrai que cette seconde différence n'a pas d'importance au point de vue particulier des époux. En ce qui les concerne, ce contrat de dation en paiement serait-il même considéré comme une vente pure et simple, on pourrait obtenir ce même résultat, car la vente serait annulée comme ne se trouvant plus dans un des cas d'exception de l'art. 1595.

Maïs si nous devons admettre qu'aucune vente au vrai sens du mot n'est possible entre époux, pouvons-nous par contre déclarer que toute *datio in solutum* leur sera permise ? Nous est-il possible de regarder comme valable, toute opération où la cession d'un bien, faite par l'un des époux à l'autre, éteint une dette et détruit une créance comme le ferait un paiement ?

22. Avant de nous prononcer, nous devons passer en revue les hypothèses dans lesquelles le code autorise cette opération qu'il qualifie improprement de vente, nous verrons ensuite si nous pouvons en tirer une règle plus générale.

La vente sera donc permise par l'article 1593 dans les trois cas suivants :

23. 1° *Celui où un des époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits.*

Une séparation de biens ou de corps est prononcée entre les époux, il s'agit d'opérer entre eux la liquidation de leurs deux fortunes et d'en régler les rapports, de mettre fin à cette confusion qu'établissent entre eux le contrat de mariage ou même la vie commune. Si l'un des époux, il importe peu dans cette première hypothèse que ce soit le mari ou la femme, se trouve débiteur de l'autre et si, au lieu de numéraire, il a des biens de valeur suffisante, pourquoi le forcer à une vente quand le conjoint créancier consent à être désintéressé par cette cession de

biens? Cette hypothèse, la plus simple, est aussi celle qui se rencontre le plus fréquemment dans la pratique. Elle est une source de fraudes pour les maris obérés qui ne craignent pas d'abuser de ce moyen. Or, peut-être est-ce une des causes d'irritations les plus vives, surtout dans les campagnes, où le créancier voit le mari débiteur vivre paisiblement sur la propriété qui, la veille encore, semblait un gage de sa dette, et qui est devenue pour lui comme un asile inviolable.

24. Le second cas est :

Celui où la cession que le mari fait à sa femme même non séparée a une cause légitime, telle que le emploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté.

Dans cette seconde hypothèse, la cession n'est permise qu'au mari. Nous ne nous expliquons pas bien la cause de cette restriction. La femme, quoique plus rarement, peut devenir la débitrice de son mari pendant le mariage, et nous ne voyons pas pourquoi on ne lui a pas donné ce moyen de se libérer. Le législateur a-t-il craint qu'elle n'abandonnât, subissant l'influence du mari, des biens de trop de valeur comme paiement de sa dette? Mais ne pouvait-on pas redouter aussi qu'elle acceptât elle-même comme paiement, dominée par la même influence, des choses d'une valeur moins considérable que le montant de sa créance? Au reste elle avait comme sauvegarde

l'alinéa final de l'article 1595. — En somme, nous croyons que dans toute cette question le code a marché un peu en aveugle. Obsédés par le souvenir des sévères prohibitions du droit coutumier, préoccupés par les fraudes à conjurer, il semble que ses auteurs se soient, comme à regrets, relâchés de la rigueur ancienne, accordant un peu de liberté en faveur de certaines hypothèses spéciales qu'on lui présentait, au lieu de poser une règle générale autorisant toute vente entre époux non frauduleuse, ou du moins toute *datio in solutum* utile à leurs intérêts. Car, on l'a dit souvent, qui veut trop protéger protège mal, et cette prohibition si serrée est plus préjudiciable aux époux peut-être que ne le serait une liberté bien comprise.

Quoi qu'il en soit pourtant, la loi est précise : la cession n'est permise qu'au seul mari, et dans le cas seulement où cette cession a une cause légitime. Le code cite des exemples où il considère comme légitime cette cession.

Quelques auteurs concluent de ces exemples, qu'en les citant le code a entendu marquer d'une façon précise les limites de la liberté donnée, et veulent la restreindre à des cas absolument similaires à ceux que cite la loi. « Le juge, dit M. Baudry, n'a pas un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la légitimité de la cause, car les deux exemples cités ont pour but d'expliquer ce qu'il faut entendre par une cause légitime, et naturellement cette explication est obligatoire pour le juge... La loi limite son

pouvoir d'appréciation en ajoutant pour expliquer sa pensée... telle que.' » Peut-être cette théorie est-elle assez en harmonie avec l'esprit des textes qui nous occupent. Cependant les termes de l'alinéa II sont trop généraux pour que nous puissions nous croire obligé de les particulariser autant, alors que rien n'annonce que les exemples donnés doivent avoir une influence limitative. M. Troplong nous semble bien plus dans la vérité quand il écrit : « Cet exemple n'est qu'indicatif d'une hypothèse qui sert à mieux mettre en lumière l'esprit de la loi et en signalant comme légitime la vente faite par le mari à la femme pour remploi de ses propres aliénés ou à elle appartenant, il n'a pas entendu enlever à la femme le droit d'acheter de son mari, dans une foule d'autres cas où elle doit veiller à la conservation de ses droits et se faire payer ce qui lui est dû². »

Toutefois notre désir d'interpréter le plus largement possible une loi assez étroite déjà, ne doit pas nous égarer au point de nous faire outrepasser ses limites ; et si ces exemples ne sont pas faits pour nous asservir, ils ne nous éclairent pas moins sur la pensée véritable du législateur. M. Bufnoir, dans une note insérée dans le volume de Sirey, 1883, t. 373, exprime cette idée et expose le système véritable de la loi avec sa netteté et son autorité habituelles. « Nous ne pensons pas, dit-il, que le législateur ait

1. Baudry, *Code*, liv. III, n° 474.

2. Troplong, *Com. de la vente*, t. I, n° 178.

entendu laisser à l'appréciation des tribunaux la légitimité des motifs de nature à justifier la cession en lui donnant le caractère d'une opération sincère et loyale, ce qui reviendrait à dire que la vente consentie par le mari à sa femme, avant la séparation de biens, *est valable à moins que les tribunaux la jugent frauduleuse*. Les exemples donnés par le texte, s'ils ne sont pas limitatifs, précisent cependant la pensée de la loi en montrant qu'il s'agit d'une cession faite dans le but d'éteindre une dette du mari ou de la communauté envers la femme, en un mot d'une cession ou dation en paiement. »

Il faudra donc, pour que la vente du mari soit valable dans l'hypothèse du 2^e alinéa de l'art. 1595 dont nous nous occupons, que cette opération ait une cause légitime; et cette cause légitime n'est telle, aux yeux de la loi qu'autant qu'elle a pour but d'éteindre une dette liquide et *susceptible d'un remboursement actuel*. C'est avec intention que nous n'écrivons pas au lieu du membre de phrase que nous soulignons, celui-ci : dont le remboursement est susceptible d'être exigé. Nous nous conformerions cependant en parlant ainsi au système de la jurisprudence qui exige cette condition de l'exigibilité pour accepter la validité de la vente. Mais nous ne trouvons rien dans les textes qui puisse légitimer cette théorie de la Cour de cassation; « Une pareille exigence, comme le dit fort bien M. Bufnoir, est contredite par la loi elle-même qui ne parle pas d'exigibilité. » Mais en revanche il suffit pour rendre la cession

légitime que le remboursement puisse être opéré sans être exigé, l'opération sera nulle quand elle ira à l'encontre de cette condition. Il existe en effet des cas où le remboursement est interdit avant une certaine époque ou en dehors de circonstances exceptionnelles. Citons par exemple le cas où un mari céderait un bien personnel à sa femme pour emploi des deniers dotaux antérieurement à toute séparation de biens et alors que le contrat de mariage ne demande pas cet emploi. Dans cette hypothèse, la cession serait nulle comme n'ayant pas une cause légitime. Un arrêt de la Cour d'Alger ¹ contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation et des Cours d'appels dont les arrêts plus restrictifs que notre système veulent que la dette soit *liquide et exigible*², admet cependant que, même sous le régime dotal, la vente faite par le mari débiteur des deniers dotaux est valable quoique le contrat de mariage ne stipule pas le remploi de ces deniers dotaux et quoique la dette ne soit pas exigible. Pour nous, en présence du texte qui doit nous guider, nous nous refusons à admettre ce système qui constitue au profit de la femme un *avantage évident*, et nous croyons nous conformer à la loi, en étant moins sévère que la jurisprudence générale, mais en repoussant la théorie de cet arrêt de la cour d'Alger.

1. Janv. 1884. — Sirey 1884, 2, 129.

2. En ce sens, Grenoble, 24 janv. 1826. — Dalloz, 1826, 2, 155. — Limoges, 30 déc. 1861, Sirey, 1862, 2, 201. — Poitiers, 1882, 15 fév., Sirey, 1884, 2, 27.

25. Le troisième cas, enfin, est :

Celui où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot et lorsqu'il y a exclusion de communauté.

Ces derniers mots signifient : Sous tout régime autre que la communauté, le régime exclusif de la communauté ou celui de la séparation de biens comme le régime dotal sont désignés par cette formule. Quelques auteurs cependant ont enseigné qu'il ne s'agissait que du régime dotal. Delvincourt, partisan de ce système, le défend ainsi : « L'article dit : lorsqu'il y a exclusion de communauté ce qui semblerait se référer uniquement au cas où les époux sont mariés sous le régime de non-communauté. Mais il est évident que telle n'a pas été l'intention du législateur ; car pourquoi excepte-t-on, dans ce cas, les époux communs en biens, si ce n'est parce que sous le régime de la communauté tous les biens de la femme sont dotaux ? Or, ils le sont également sous le régime de non-communauté. Dans la séparation il n'y a pas ordinairement de dot, c'est donc du régime dotal uniquement que l'article a entendu parler¹ ». Cette théorie nous semble impossible à admettre tant elle paraît être peu d'accord avec les expressions finales de notre alinéa 3 ; on a même pu se demander si elles désignaient le régime dotal puisque MM. Aubry et Rau ont pris soin de dire en ces termes que ce régime y était bien compris : « Les expressions du numéro 3

1. Delvincourt, *Cours de Code civil*, III, page 358, note 7.

de l'article 1593 comprennent évidemment le régime dotal¹ ». Du reste tout en reconnaissant que sous le régime exclusif de communauté le mari a l'administration des biens de sa femme, n'a-t-il pas un intérêt manifeste à devenir propriétaire de la partie des biens qui a pu lui être promise en dot ? Ses pouvoirs ne deviendront-ils pas ainsi mille fois plus étendus ? Sous le régime de la séparation de biens, il n'y a ordinairement pas de dot, dit-on ; mais la femme ne peut-elle pas néanmoins promettre telle somme à son mari dans le but de contribuer aux charges du ménage ? Ne restreignons donc pas, contre les termes mêmes de la loi, des règles déjà étroites et reconnaissons que, dans la circonstance, le mot dot est pris dans son sens général.

Certains auteurs même² ont prétendu que sous le régime de communauté la femme pouvait, sur ses biens propres, payer de la même façon l'apport qu'elle avait promis. Malgré l'autorité des partisans de ce système il nous semble impossible de l'adopter.

En effet, sous le régime de la communauté, il n'y a pas de dot mais une sorte de mise en commun de certains biens ; l'hypothèse prévue dans cet alinéa ne se présentera donc pas en général pour les époux mariés sous ce régime. Il pourrait se faire cependant que la femme eût promis, par son contrat de mariage, une somme quel-

1. Aubry et Rau, IV, p. 351.

2. M. Colmet de Santerre, par exemple.

conque pour contribuer aux charges ou contrebalancer, je suppose, l'apport mobilier du mari. Cette dette de la femme tomberait dans la communauté ; si donc la femme voulait l'acquitter par une *datio in solutum* au profit du mari, celui-ci bénéficierait seul d'une créance à laquelle il n'a droit que pour moitié, si la femme ou ses héritiers au jour de sa liquidation acceptent la communauté. On voit donc l'utilité de cette restriction finale.

Ce qui s'explique moins c'est la disposition de la loi qui ne permet à la femme la vente que pour le paiement d'une somme promise en dot. Pourquoi ne pas lui accorder la même faveur dans tous les cas où elle se trouverait débitrice de son mari pour des causes antérieures au mariage ? Lors de la discussion de la loi devant le conseil d'État, Tronchet avait proposé en ce sens un amendement qui avait été adopté¹. Cependant cet amendement ne fut pas

1. L'art. 14 est discuté. M. Regnault (de Saint-Jean-d'Angély) pense qu'il faudrait expliquer plus clairement au n° 3 de cet article qu'il s'agit d'une créance que le mari avait sur la femme antérieurement au mariage ou par suite d'une stipulation de son contrat de mariage.

M. Tronchet répond que ce n'est pas là le cas de l'article. Il est rédigé dans l'hypothèse où la femme s'étant constitué en dot une créance qu'elle avait à exercer sur un tiers n'en a pas reçu le paiement et a ensuite remplacé son apport par des immeubles.

M. Jollivet dit que cependant il serait juste d'étendre l'article au cas dont a parlé M. Regnault. M. Béal dit qu'on pourrait substituer le mot somme au mot créances.

M. Tronchet propose de supprimer le n° 3 de l'article et de rédiger

conservé dans la rédaction soumise au Tribunal. Il est vrai que le mot *somme promise en dot* remplaça les expressions primitives moins larges de *créance apportée en dot*. Or, remarquons que dans la discussion que nous avons citée en note, un des membres du conseil proposait cette substitution de mots pour étendre la loi aux cas dont nous parlons. Peut-être a-t-on cru cette rédaction ainsi corrigée assez compréhensive pour embrasser les sommes dues par la femme au moment du mariage. Mais dans le doute où nous sommes sur les intentions du législateur, il serait bien hardi, en présence des termes du code, de leur donner une interprétation aussi large, bien qu'elle nous semble la plus juste et la plus équitable.

26. Nous venons d'énumérer les trois cas exceptionnels en faveur desquels la loi permet la vente entre époux. Mais les conjoints pouvaient dans ces hypothèses être tentés de se constituer quelques-uns de ces avantages que le Code interdit entre eux ou plutôt n'autorise que dans certaines limites. Aussi le législateur a-t-il soin de réserver le droit des héritiers des deux parties. Les créanciers des époux auraient aussi le droit de critiquer cette vente si la différence entre la valeur de la chose vendue et la dette qu'elle sert à éteindre était vraiment sensible; on ne les admet pas au contraire à agir si, comme le disent

ainsi le n° 1 : celui où l'un des deux époux cède à l'autre des biens en paiement de ses droits.

L'article est adopté avec cet amendement. Fenet, t. XIV, p. 23.

MM Aubry et Rau, cette différence est trop peu sensible pour dénoter de la part du vendeur, l'intention de faire une libéralité au profit de ses créanciers.

Supposons maintenant qu'il est avéré que, dans les cas précités, un avantage a été constitué par un des époux à l'autre. Quels héritiers seront recevables à se plaindre et quel sera le sort de l'acte incriminé?

A. La solution de cette question dépend de l'opinion qu'on adopte au sujet des donations déguisées. Pour ceux qui, sur la foi de la jurisprudence, reconnaissent leur validité, les héritiers réservataires ont seuls le droit de demander la réduction de cet avantage et seulement lorsqu'il dépasse le montant de la quotité disponible. Mais alors pourquoi le dire dans cet alinéa final? L'art. 1099 ne suffisait-il pas.

Pour nous qui nous refusons à admettre la validité des donations déguisées, nous croyons que les héritiers de tous ordres trouvent dans leur qualité d'héritiers les pouvoirs nécessaires pour attaquer l'acte. L'acte est nul par lui-même en tant du moins qu'il constitue une donation et non pas seulement parce qu'il constitue un avantage excessif. L'action nécessaire pour intenter cette nullité appartient donc à l'époux d'abord et ensuite passe à ses héritiers, voire même à ses *légataires universels*.

27. Nous avons donné au chapitre premier les raisons en vertu desquelles nous adoptons cette théorie de la nullité des donations déguisées, nous n'avons pas à y

revenir ; ajoutons cependant un mot qui confirme notre opinion au sujet de la question qui nous occupe et qui n'est qu'une conséquence logique de notre système sur cette nullité : Dans le dernier alinéa de l'art. 1595 la loi parle d'une façon générale des héritiers des parties contractantes ; or quand la loi parle des héritiers réservataires, elle a toujours soin de mentionner cette qualité ; pourquoi donc, si elle avait voulu les désigner seuls, aurait-elle négligé cette précaution justement dans un article où le doute pouvait surgir ?

28. B. Voyons maintenant quel est le sort de l'acte incriminé. Il n'est question ici ni d'un acte fait en dehors des cas prévus et autorisés par la loi, ni d'un acte de vente dissimulant une pure donation. Ces actes, nous le savons, sont entièrement nuls. Il s'agit seulement du cas où la vente, sans cesser de réunir les qualités nécessaires à son existence, constitue en même temps un avantage pour l'un des époux. Il y a dans notre hypothèse une double opération : *une vente* et une *donation*. La vente, en vertu de l'art. 1595 est valable, ou plutôt ce qui a eu lieu nous devons nous le rappeler, c'est une *datio in solutum*. Tout l'excédent de valeur qui dépasse le montant de la dette éteinte par cette vente devient une donation. Du vivant des deux époux, qu'on admette ou non la validité des donations déguisées, le résultat sera le même, à peu de choses près ; le donataire, s'il le désire, rentrera toujours dans son argent, soit par la *condictio indebiti*, soit par la révocation ;

les systèmes différents arrivent avec des moyens différents à un même but. Mais notre théorie a des résultats tout autres que ceux de la jurisprudence en ce qui concerne les héritiers. C'est ce que nous allons voir en reprenant notre hypothèse. Ainsi une vente constitue un avantage pour un des époux ; on validera la vente tout en annulant la donation ; ou, pour mieux dire, on réduira à de justes proportions l'opération tout entière, laissant subsister de part et d'autre les conventions et les aliénations qui résultent légitimement de l'acte de vente et ne détruisant ces conventions ou aliénations qu'en tant qu'elles favorisent un des époux.

Il peut se faire cependant que l'acte tout entier soit annulé, dans le cas toujours où on suit notre système rigoureux sur les donations simulées, système qui est bien celui de la loi, comme nous croyons l'avoir prouvé. En effet, l'art. 1674 devient applicable aux ventes entre époux comme aux autres ; nous ne voyons pas quelles raisons peuvent le faire proscrire. Si donc le vendeur est lésé de plus des sept douzièmes, ses ayants cause auront l'action en rescision.

Si au contraire on veut suivre le système de la jurisprudence, les seuls héritiers réservataires ont la faculté d'user de ces recours dont nous venons de parler, la mort de l'époux regardé comme donataire rendant l'acte irrévocable.

Revenant à notre point de départ : toute *datio in solu-*

tum est-elle valable entre époux? nous savons maintenant ce qu'il faut répondre : c'est la négative que nous devons enseigner.

Certes, nous reconnaissons que la vente entre époux est la cause de mille fraudes, qu'elle sert à bien des dissimulations et qu'elle porte souvent préjudice à beaucoup d'intérêts respectables, mais l'art. 1593 n'est qu'un faible palliatif et laisse ouverte une brèche d'autant plus dangereuse qu'on se croit mieux garanti de ce côté. La jurisprudence hésite dans l'interprétation de la loi qu'elle semble vouloir étendre ou restreindre tour à tour.

Mieux vaudrait respecter la liberté des époux, leur laisser toute latitude d'agir, sauf à la justice à se prononcer en cas de contestation sur la sincérité de l'acte incriminé, que de conserver ce système bâtarde fait d'exceptions telles qu'on ne les peut comprendre elles-mêmes dans une définition générale, et qu'on est condamné à les énumérer sans arriver à les unir en un seul faisceau.

CHAPITRE IV

DES AUTRES CONTRATS

§ 1^{er}. — De l'échange.

29. L'échange présente avec la vente les plus grandes analogies. Avant l'invention de la monnaie qui n'intervient en somme que pour faciliter les diverses opérations économiques, toute vente était un échange. Comme le dit Justinien : *unde illud est quod vulgo dicebatur permutatione rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis et venditionis vetustissimam esse*. Il faut se garder cependant, malgré leur ressemblance, de confondre ces deux opérations.

30. L'échange est-il permis entre époux ? Pour qui, ne consulterait que sa raison, l'affirmative semblerait certaine. S'il est un contrat, en effet, où la dissimulation est difficile, où se manifestent au grand jour toutes les faces de l'opération, c'est assurément celui-ci. Bonnes ou mauvaises les raisons par lesquelles on explique la prohi-

bition du Code, en matière de vente, disparaissent ici. Il n'y a ni simulation de paiement, ni avantages cachés possibles ; on peut, du premier coup, juger l'acte dans son ensemble et, si quelque donation s'y mêle, elle sera visible pour tous les yeux. Mais, si tentés que nous soyons d'admettre la validité de ces contrats entre époux, une difficulté nous arrête en chemin. L'article 1707, en effet, après que la loi a signalé les quelques règles différentielles entre la vente et l'échange, semble en clore la courte liste en ces termes absolus : *Toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange...*

Si claire que paraisse cette disposition, en ce qui concerne l'échange entre époux, elle ne nous semble pas irréfutable.

Beaucoup d'articles du titre de la vente, malgré la généralité des expressions de l'article 1707 sont, de l'avis de tous, inapplicables à l'échange. Tels sont les articles 1593, 1602, 1619, etc. On nous répondra que ces articles règlent des cas spéciaux à la vente et qui ne peuvent s'appliquer qu'à elle ; mais nous prétendons justement que notre article 1593 est également en dehors des textes que l'article 1707 étend à l'échange.

L'article 1593 défend la vente, sauf dans des cas spéciaux dont il donne l'énumération ; si cette loi embrasse l'échange, il y aura donc des cas où cette opération sera permise entre époux comme la vente elle-même. Mais ces

hypothèses particulières qui font de cette vente une *datio in solutum* ne seront jamais possibles dans l'acte dont nous parlons puisqu'il consiste en un double transfert de propriété opéré en même temps. Donc impossibilité absolue et sans exception de tout échange. Ainsi, voici, avec ce système, une incapacité, non seulement étendue en dehors de son domaine en dépit de toutes les règles de l'interprétation et sur la foi d'un article que sa généralité même rend très peu précis, mais cette incapacité est aggravée et n'admet plus les exceptions qui subsistaient dans son application primitive.

Si cependant le code entourait l'échange de précautions particulières, s'il l'envisageait avec plus de défiance que la vente, peut-être cette théorie restrictive serait-elle soutenable. Nous voyons au contraire le code donner à l'échange une liberté plus grande qu'à ce contrat de vente auquel on veut l'assimiler si complètement. Rappelons, en effet, les articles 1555 et 1559. Le premier concerne la vente de l'immeuble dotal et ne l'autorise que dans des cas limitativement désignés par les articles 1555, 1556, 1557, 1558; le second au contraire permet l'échange de l'immeuble dotal, pourvu qu'on *justifie* de l'utilité de cette opération. Malgré quelque hésitation dans ses formules, la jurisprudence est dans le sens de notre théorie et déclare valable l'échange entre époux. Voici un extrait d'un jugement du tribunal de Limoges confirmé par arrêt de la Cour daté du 30 décembre 1861 sur cette question : « Cet

article 1559 ne faisant aucune distinction, il semblerait naturel d'en conclure qu'il *régit et autorise également les échanges entre époux* et les échanges entre la femme et un étranger. S. 1862, t. II.

Ce jugement refuse d'annuler un contrat d'échange régulièrement passé entre un mari et sa femme. L'immeuble de la femme était dotal, mais cela ne change rien à la solution de la question plus générale de la validité de l'échange des époux en elle-même.

Nous adoptons donc comme une vérité cette théorie de la liberté des époux en matière d'échange. L'article 1707 ne devant pas, nous l'avons démontré, rendre l'article 1595 applicable au titre de l'échange.

§ 2. — Du louage.

31. Nous ne nous étendrons pas longtemps sur ce contrat qui n'offre que peu d'intérêt et souffre peu de difficultés.

Au point de vue pratique d'abord, ce contrat ne pourra se former utilement qu'autant que les époux seront mariés sous le régime dotal ou sous le régime de la séparation de bien ou enfin s'ils sont séparés de bien judiciairement. Sous le régime de la communauté, les revenus comme les impenses sont recueillis et supportés par la masse commune, il y aurait donc une inutilité manifeste à s'occuper dans ces conditions d'un contrat de louage entre eux ; il y aurait

même impossibilité complète : En effet le louage est un de ces contrats que nous pourrions appeler contrats d'administration ; or, sous le régime de la communauté et sous celui d'exclusion de communauté, le mari a l'administration et la jouissance des biens de sa femme comme des siens propres. Il se trouverait donc jouer le double rôle de preneur et de bailleur.

Sous le régime dotal au contraire et sous le régime de la séparation de biens, toutes les fois pour mieux dire qu'il n'y a pas de confusion entre les revenus des conjoints ou que cette confusion cesse, l'utilité du contrat de louage apparaît et il peut se rencontrer telle hypothèse qui oblige le législateur à l'admettre. Le mari ou la femme peuvent par exemple prendre à bail un immeuble de l'autre conjoint. Une comédienne peut-être appelée à signer avec son mari, directeur de théâtre, un engagement théâtral. Fidèle à notre principe général et sous les conditions susdites de sa possibilité légale, nous admettons la validité de ce contrat.

§ 3. — Contrat de Société.

32. Le code définit la Société : *un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.* Dans cette opération deux ou plusieurs personnes, ayant réciproquement confiance en

elles-mêmes, associent leurs efforts, unissent leur capitaux, confondent leurs intérêts pour se prêter une aide mutuelle et par leur union se donner plus de force et d'influence, et accroître ainsi plus vite ou plus sûrement leur fortune.

C'est une de ces conventions qui se fondent, comme on disait à Rome, *intuitu personæ*. Dans leur création, les considérations de personnes comptent pour beaucoup, tant sont utiles ou, pour mieux dire, indispensables à la prospérité de l'association, les bons rapports des associés entre eux.

Il semble donc de prime abord que le contrat de société doive être non seulement valable entre époux, mais tout particulièrement encouragé entre eux, et que si jamais notre règle générale sur la légitimité des contrats est applicable, c'est assurément ici.

La doctrine, cependant, est fort divisée sur la question ; il est du reste impossible, si favorable qu'on soit à la liberté des conventions entre époux, de l'admettre trop largement en cette matière.

33. Un premier système repousse même de la façon la plus absolue la possibilité de faire entre époux un acte de société. Il faut, dit-on, qu'il existe entre les associés une égalité parfaite, une influence ou du moins une autorité semblable qui les rende, de la même façon, aptes à la gestion des affaires de la société et ne constitue pas l'un des associés en un état d'infériorité absolu vis-à-vis de

l'autre. Or, la femme, d'après la volonté même du Code, se trouvera forcément dans cette situation et, comme associé, serait dominée par le mari. Un arrêt en ce sens, du 24 mars 1870, Paris, ratifie un jugement du tribunal de commerce de la Seine qui exprime nettement cette idée dans ses considérants : Attendu, y est-il dit, qu'une société entre mari et femme doit être radicalement nulle, la loi ayant défini les formes des sociétés qui seules peuvent être contractées entre époux. Que l'égalité qui doit exister entre les deux associés est incompatible avec la situation relative faite aux mari et femme par le législateur¹. » Ce premier argument est facile à réfuter ou, plutôt, il n'est même pas en contradiction avec notre système. Mais plus difficile est la raison que tirent les partisans de la négative de l'article 1395, qui défend de rien changer, après le mariage, aux conventions matrimoniales. Voici le raisonnement de Massé² à ce sujet : « Il suit » de là (de l'art. 1395) que pendant le mariage les époux » ne peuvent contracter entre eux aucune société civile » ou commerciale, puisque cette société, en modifiant » leurs rapports et leurs droits respectifs, aurait nécessairement pour résultat de modifier les conventions matrimoniales qui auraient déjà réglé leurs rapports et leurs » droits. M. Duvergier, en émettant la même opinion, » semble la restreindre à la prohibition d'une société

1. Sirey, 1872, 2, 43

2. *Droit commercial*, II, n° 1267.

» universelle ; mais je ne vois aucune raison pour distinguer entre les sociétés universelles et les sociétés particulières, puisque les unes et les autres donnent aux époux, sur tout ou partie de leur bien respectif, des droits autres que ceux qu'ils puisent dans leurs conventions matrimoniales. »

Malgré cet argument, qui a sa valeur, nous n'adoptons pas ce système, fidèle à notre principe de ne pas créer d'incapacité sans une disposition formelle du code. Est-ce à dire que nous reconnaissons aux époux l'entière liberté de faire entre eux des actes de société.

34. Il faut faire une double distinction et examiner d'abord le contrat de mariage ; il faut ensuite déterminer quelle est l'espèce de société dont il s'agit. Pour nous, la société sera valable à une double condition : si la femme a la disposition et l'administration de tout ou partie de ses biens, en second lieu, si la société qu'il s'agit de former n'est pas une société universelle.

Reprenons ces deux conditions :

A. Pothier a défini le régime de communauté : une espèce de société de biens qu'un homme et une femme contractent lorsqu'ils se marient. Sans vouloir entreprendre une discussion sur le plus ou moins de justesse de la comparaison de Pothier, reconnaissons qu'en tout cas cette société est réglée par des lois toutes spéciales qui, d'un côté, imposent l'administration d'un des coassociés, l'époux, et d'un autre côté ont établi en faveur de l'épouse

des mesures de protection pour la garantir contre cette gestion imposée. Sous ce régime, et c'est là que nous acceptons volontiers la définition de Pothier, il y a entre les époux ou, pour mieux dire, entre leur fortune, une union toute particulière qui les confond plus ou moins et qui, dans tous les cas, rend communs les revenus. Nous parlons en termes généraux pour embrasser, non seulement la communauté légale, mais aussi toutes les clauses convenues entre les parties et qui s'y rapportent plus ou moins. Mais ces clauses, librement introduites, ont eu pour but d'élargir ou de restreindre une société qui se crée par le contrat de mariage, par la communauté qu'il adopte ; si c'est simplement la communauté légale qui est choisie par les époux, le code a pris soin de régler la portée et les effets de cette association. Or, dans ce cas, tout contrat de société intervenant changerait le caractère donné primitivement à cette association et serait en contradiction avec l'article 1395.

Si la femme est mariée sous le régime exclusif de communauté qui donne au mari la jouissance et l'administration de tous les biens meubles et immeubles de sa femme, le raisonnement est le même.

Le premier argument tiré de l'inégalité de pouvoir entre les associés est également applicable à ces deux hypothèses. Sous ces régimes donc la femme et le mari ne peuvent pas faire entre eux de contrats de société. A quoi même ces contrats pourraient-ils être utiles, puisqu'en fait et par

le contrat de mariage il existe déjà une association efficace.

Mais si la femme s'est réservée par contrat ou a par la nature même de ses conventions matrimoniales la jouissance exclusive ou l'administration de quelques-uns de ses biens, nous ne voyons pas pourquoi elle n'aurait pas le droit de former une société avec son mari ou réciproquement, pourvu que cette société porte sur les biens des époux libres et en dehors des conventions matrimoniales.

35. Ces conventions matrimoniales n'en sont en aucune façon altérées : Les biens en effet que le conjoint peut engager sont ceux que le contrat de mariage a laissés en dehors, ce sont par exemple des paraphernaux de la femme. Celle-ci peut, sauf la formalité de l'autorisation maritale, les administrer au gré de sa volonté, employer ses capitaux à soutenir des entreprises commerciales et industrielles, pourquoi lui refuser le droit dès lors de s'associer avec son mari ; et en quoi cette association atteint-elle les conventions matrimoniales qui ont laissé en dehors de leur sphère les biens dont il s'agit ? Remarquons qu'il ne faut pas voir une altération défendue des clauses du contrat de mariage dans tout acte où le mari s'immisce dans des affaires dont ce contrat ne lui attribue pas la direction. L'article 1577 par exemple et les articles suivants supposent les cas où la femme laisse à son mari la gestion de ses biens paraphernaux, ils considèrent le fait comme légal et le législateur n'a pas cru nécessaire de permettre, par un

texte spécial, cette administration du mari substituée à celle de la femme ; si cependant on voulait exagérer les principes, ne pourrait-on pas dire que les époux en agissant ainsi vont à l'encontre des précisions du contrat de mariage qui donnaient à la femme une gestion dont elle se débarrasse. Comment donc puisque la femme peut ainsi donner à son mari une procuration aussi large, ne pas lui accorder *a fortiori* le droit de faire avec lui un acte de société dont elle peut arrêter les clauses et déterminer les conditions.

36. En présence de cette faculté qu'ont, d'après notre hypothèse, les conjoints contractants de poser librement les clauses de l'acte de société, tombe de lui-même l'argument tiré de l'inégalité de pouvoir des époux. Chef imposé de la communauté, administrateur légal des biens dotaux ou du patrimoine de la femme sous le régime exclusif de communauté, le mari retombe dans le droit commun en ce qui concerne les paraphernaux et la fortune de la femme séparée de biens ; celle-ci peut donc élargir ou limiter les pouvoirs du mari comme ceux d'un autre associé, elle a même le droit de partager avec lui la gestion de la société, voire même de se réserver cette gestion d'une façon exclusive. Les deux conjoints, en posant les bases de l'acte de société, traitent de puissance à puissance et rien ne leur impose une prépondérance fatale à l'un des intéressés.

On a fait valoir encore comme argument l'hypothèse d'une séparation de biens judiciaires ; les conjoints, a-t-on

dit, en s'associant, feront cesser cette séparation en dehors des conditions légales. Mais, nous le répétons, nous n'admettons comme valables que les sociétés particulières, celles qui ne s'appliquent qu'à certaines choses déterminées ; la femme qui s'associe avec son mari dont elle est judiciairement séparée de biens, ne rétablit en aucune façon une situation nouvelle ; elle reste séparée, mais a avec son mari certains intérêts communs comme elle en pourrait avoir avec des étrangers. M. Laurent ¹ admet largement ce système de liberté qu'il défend en ces termes : « La subordination de la femme ne concerne que les rapports des époux considérés comme tels ; elle n'empêche pas la femme de stipuler une indépendance complète en ce qui concerne l'administration de ses biens, elle ne l'empêche pas de faire le commerce, elle n'est donc pas un obstacle à ce que les époux forment entre eux une société dans laquelle les époux sont égaux comme associés. »

Un argument de Massé qui fait suite au passage de cet auteur que nous avons cité, n'est pas fait non plus pour nous arrêter. « Toute société, dit-il, suppose pour chacun des associés, la faculté d'aliéner, l'un au profit de l'autre les choses mises en société, et on sait qu'il est de principe que le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux. » L'auteur nous semble dans ce raisonnement confondre le genre et l'espèce, et vouloir étendre au pre-

1. *Principes de droit civil*, t. XXVI, n° 140.

mier une prohibition qui ne concerne que la seconde. Il est vrai en effet qu'au moment de la dissolution de la société et du partage qui la suit, il y aura des immeubles en commun, immeubles qui étaient l'apport d'un des conjoints associés. Ces immeubles devront être attribués à l'un des copartageants, et peut-être passeront-ils à celui des époux dont ils ne viennent pas. Qu'importe ! Il n'y a là qu'un effet du partage, non une vente ; à la dissolution de la communauté tel résultat identique peut se produire et se produire par les dispositions mêmes de la loi, art. 1471 et suiv.

Reste la jurisprudence qu'on nous représente comme opposée au système de la liberté ; peut-être n'est-elle pas si éloignée de notre système. Un arrêt de la Cour de cassation du 9 août 1851 se sert de termes assez restrictifs pour ne pas l'atteindre et même pour nous permettre d'y puiser un dernier argument : « Attendu, dit la Cour, que d'après les dispositions des art. 1388, 1395, 1421 et 1422 combinés avec les art. 1855, 1856, 1857, 1858, la femme *mariée en communauté* ne peut contracter avec son mari une société en nom collectif. Qu'en effet cette société conférerait à chacun de ses membres une égalité de droit incompatible avec les droits conférés au mari, soit *comme chef de l'association conjugale*, soit *comme maître des biens de la communauté* !¹ » Bien que dans ce procès il s'agisse d'un cas où il y a communauté entre

1. Dalloz, 1852, 1, 460.

époux, les termes auraient été plus généraux, la Cour aurait mis moins d'attention à préciser le régime, si la prohibition lui avait semblé aussi absolue qu'on veut le dire.

37. B. Passons à la seconde condition : il ne faut pas que la société convenue entre époux soit une société universelle. La société universelle est celle qui met en commun tous les biens des associés ou au moins tous les fruits et bénéfices par eux réalisés. Une telle société entre époux aurait pour résultat de changer d'une façon absolue les conditions du contrat de mariage des époux et irait à l'encontre de la prohibition de l'art. 1395. Une pareille société changerait les conventions matrimoniales non seulement lorsqu'il y aurait communauté entre eux mais dans les cas même où il y aurait séparation de corps soit conventionnelle, soit judiciaire. En effet si dans le premier cas les conditions de l'acte de société restreignaient les dispositions légales, dans le second elles établiraient au contraire entre époux une sorte de communauté contrairement aux conventions du contrat de mariage.

§ 4. — Du prêt.

38. Nous laisserons de côté le prêt à usage ou commodat ; ce contrat en effet étant inutile aux époux qui, par une conséquence de la vie commune, se servent naturellement et réciproquement des objets personnels à chacun.

d'eux. Nous voulons nous occuper seulement du prêt de consommation et de la constitution de rente.

39. Le prêt de consommation est le contrat par lequel une des parties aliène une certaine quantité d'argent ou de choses fongibles en faveur de l'autre qui s'engage à lui restituer une quantité égale de choses de même nature.

Celui qui prête se prive de la jouissance de la chose et en aliène la propriété. Le prêteur doit donc : 1° être propriétaire de la chose qui fait l'objet du contrat ; 2° avoir l'administration de cette chose.

40. Cette double condition nécessaire à la légitimité du contrat dont nous nous occupons apporte une première restriction à son usage entre époux. Il faudra que l'époux prêteur ait *des capitaux mobiliers personnels* et *qu'il ait l'administration de ces capitaux*. Mais il faudra aussi que l'époux emprunteur puisse s'obliger personnellement.

A. Sous le régime de communauté l'hypothèse d'un prêt entre époux ne se peut présenter. Ce n'est cependant pas par un défaut de capacité suffisante de la part du mari, mais par la nature même du régime matrimonial des conjoints. L'art. 1421 donne au mari, administrateur de la communauté, des pouvoirs assez étendus pour lui permettre valablement ce contrat, mais la combinaison des art. 1423 et 1426 rend cette convention impossible entre les époux communs en bien. Activement et passivement c'est la communauté seule qui agirait et serait responsable. Elle jouerait à la fois le rôle des deux parties.

B. Sous un régime au contraire qui maintient la distinction du capital mobilier des époux, le mari pourra prêter sur les biens personnels à sa femme, pourvu toutefois que celle-ci ait l'administration de tout ou partie de son patrimoine et puisse obliger ce patrimoine. Réciproquement la femme pourra faire un prêt à son mari sur la partie de ses biens dont elle a l'administration. Dans ces limites imposées par les textes nous croyons le prêt légitime et la loi nous en donne plusieurs preuves.

41. L'art. 1558 nous donne une hypothèse d'un prêt fait par la femme au mari. Cet article autorise la vente de l'immeuble dotal « *pour tirer de prison le mari de la femme.* » Il s'agit ici de la prison qui peut résulter de la contrainte par corps, de la prison pour dettes. La femme, pour dégager son mari, paie le créancier ; elle lui est donc naturellement subrogée et devient à son tour la créancière de son mari. La loi ne considère donc pas la chose comme impossible ; et si l'hypothèse dans laquelle elle autorise ce paiement de la femme au créancier, paiement qui n'est en somme qu'un prêt qu'elle fait au mari, est aussi restreinte et spéciale, c'est, non à cause du prêt lui-même, mais de l'aliénation du fond dotal qui en résulte.

Si donc un tel prêt est permis en dehors même des conditions que nous avons assignées à ce contrat, ne doit-on pas *a fortiori* l'autoriser entre époux alors qu'il ne blesse aucune des règles juridiques ? Mais remarquons que ce contrat entre les conjoints ne puise dans cette qua-

lité personnelle aux contractants aucune force spéciale; l'hypothèque légale de la femme, par exemple, ne saurait garantir les créances de celle-ci si elles ne résultent que de ce contrat de prêt.

Contrat de constitution de rente. — Très employé dans l'ancien droit comme permettant de toucher des intérêts que la loi n'admettait pas au profit du simple prêt, ce contrat est à peu près tombé en désuétude aujourd'hui; nous ne nous en occuperons donc pas. — Disons là un mot des rentes viagères, les autres contrats aléatoires ne devant pas nous occuper.

42. La rente viagère est valable entre époux si elle est constituée à titre onéreux; est-elle nulle au contraire si elle est constituée à titre gratuit? A vrai dire l'art. 1979 semble bien faire de l'irrévocabilité un des principes du contrat de rente, mais cette irrévocabilité n'est pas de l'essence même de ce contrat, ou plutôt ce contrat comme celui de donation peut subir, quand les deux parties en présence sont les époux, des modifications qui tiennent à la situation spéciale de ces parties. Donation, cette rente subira le sort des donations entre époux qui sont et ne peuvent être que révocables.

§ 5. — Le mandat.

43. Le mandat est un contrat par lequel une partie donne à une autre partie en considération de son intelli-

gence et de ses aptitudes le pouvoir de la représenter ou d'agir en son lieu et place soit dans l'administration de sa fortune, soit dans l'accomplissement de certains actes juridiques. Ce contrat est peut-être celui dans lequel les considérations de personnes entrent pour la plus large part. Confiance d'un côté, dévouement de l'autre, affection réciproque, le mandat fait supposer entre les contractants tous ces sentiments inspirés par une connaissance mutuelle que possèdent d'elles-mêmes chacune des parties ; et ces sentiments sont nécessaires tant au mandant qui se repose sur le mandataire d'intérêts parfois très importants, qu'à ce dernier qui assume gratuitement de grosses responsabilités morales, souvent même pécuniaires.

Après ce que nous venons de dire du mandat, il sera facile de comprendre que les époux peuvent et doivent même mutuellement jouir de la pleine faculté d'user de ce contrat. Si un voyage, une maladie ou de graves occupations empêchent l'un des époux de s'occuper de ses affaires personnelles, qui, mieux que le conjoint, sera apte à les prendre en mains ? Où le mandant trouverait-il pour le représenter une personne qui lui soit plus intimement unie, qui ait plus d'intérêt à la bonne administration et à la prospérité de sa fortune². Le législateur a si bien compris cette vérité naturelle qu'en bien des circonstances, il a fait du mari le mandataire de la femme ; pourquoi par une réciprocité fort sage la femme ne pourrait-elle pas être appelée à son tour à être la mandataire de son mari ?

44. La question, en ce qui concerne le mari, ne semble pas controversée et nous avons cité ailleurs, un article où le Code admet que le mari est le mandataire de la femme. Art. 1577.

Sur la foi de cet article nous admettons donc que la femme peut également donner mandat à son mari d'accomplir tels actes qu'elle désignera sur les biens qui lui sont personnels et dont la loi lui a laissé l'administration; fatiguée ou ignorante des affaires, rien ne s'oppose à ce qu'elle abandonne à son mari la gestion de ses intérêts. Mais ne va-t-on pas nous objecter que cette procuration donnée au mari, ce pouvoir déposé en ses mains de prendre la direction de la partie de la fortune de la femme, que le contrat de mariage ne lui abandonnait pas et laissait à celle-ci, apporte à ce contrat un véritable changement et porte ainsi atteinte à l'art. 1395.

Nous pourrions répondre que c'est au code qu'il faut porter cette objection, puisque des textes certains (articles 1577-1578) reconnaissent la validité du mandat exprès ou tacite donné au mari, mais peut-être semblons-nous mettre la loi en contradiction avec elle-même alors qu'il n'y a en réalité aucune opposition entre les textes. Nous pouvons en effet reprendre ici un raisonnement dont nous nous sommes déjà servi à propos du contrat de société. Qu'est en somme le mandataire ? Le représentant du mandant ; c'est le mandant qui lui donne non seulement ses pouvoirs, mais sa capacité, sa person-

nalité. Peu importe la capacité du mandataire, fût-il mineur, fût-il interdit, les pouvoirs donnés par le mandant lui communiquent la pleine faculté d'agir comme pourrait le faire ce mandant lui-même. Aussi derrière le mandataire faut-il toujours voir celui qui le fait agir et qui affirme ses pouvoirs même dans cet abandon qu'il en fait. La femme, dans notre hypothèse, n'abdique donc pas, ne renonce pas à l'administration dont le contrat de mariage lui a gardé les soucis, par cela même qu'elle la confie au mari ; elle use au contraire d'un pouvoir qu'elle n'aurait point sans son contrat de mariage, et rien n'y est changé puisqu'elle profite de ses droits et agit en maîtresse. Elle reste d'autant mieux maîtresse que la puissance du mandataire n'existe que [par sa volonté persistante, qu'elle peut, comme tout mandant (art. 2004) faire cesser *quand bon lui semble* les pouvoirs du mandataire je ne dirai pas pour les reprendre, mais pour agir par elle-même.

Ce raisonnement ne nous sera pas utile pour la solution d'une question plus difficile que nous allons aborder : La femme séparée judiciairement de biens d'avec son mari peut-elle donner à celui-ci un mandat général, et ne doit-on pas considérer ce mandat soit comme une reprise de la communauté, soit comme une violation de l'article 1451 ? Nous examinerons séparément ces deux points.

A. Que la femme judiciairement séparée de biens puisse donner un mandat général à son mari, cela ne

souffre pas de difficulté. La femme en effet peut reprendre le régime sous lequel elle était mariée ; ce n'est pas la justice qui lui impose de retirer à son mari les pouvoirs que lui donnait le contrat de mariage sur les biens de cette femme, c'est celle-ci au contraire qui obtient d'arracher sa fortune à la mauvaise administration de son conjoint et ne perd pas sous certaines conditions de forme le droit de la lui rendre *a fortiori* ; donc peut-elle lui confier un mandat même général, conservant ainsi une puissance occulte et gardant toujours, si cela est nécessaire, la ressource de révoquer ce mandat.

B. Mais ce mandat donné n'est-il pas ou du moins ne déguise-t-il pas un rétablissement de la communauté, en dehors des conditions de l'article 1451 qui exige certaines formalités d'affichages ou autres ou qui défend de reprendre la communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement !

Pour trouver dans cet acte de la femme une violation de l'article 1451, il faudrait méconnaître le système lui-même de la communauté et ne pas vouloir comprendre les intentions de la loi.

Rappelons-nous le raisonnement précité et la démonstration sera facile. Le contrat de mariage — nous prenons la théorie au point de vue général pour embrasser tant la séparation de biens du régime dotal que celles de la communauté, l'article 1451 étant applicable aux deux — le contrat de mariage donc a donné au mari des pou-

voirs plus ou moins étendus sur la fortune de la femme. Ces pouvoirs, dès l'instant du mariage, il les possède seuls, par sa propre vertu pour ainsi dire, sans la volonté de sa femme, malgré même cette volonté. C'est une puissance légale et personnelle qui puise sa force dans le contrat de mariage; tant qu'il n'y a pas de jugement de séparation, les pouvoirs du mari restent pleins et entiers; survient la séparation de biens, voici le mari dépouillé, l'administration des biens de la femme revient tout entière à celle-ci et dans son intégrité; elle peut donc en confier le souci à qui bon lui semble. Est-ce au mari! Qu'importe! il n'y a rien là qui ressemble à ses pouvoirs d'autrefois, rien qui lui rende cette faculté toute personnelle, *toute subjective*; il était un maître, un maître incommutable autrement que par une décision de la justice, il n'est plus qu'un représentant soumis aux ordres de celui pour lequel et au nom duquel il agit, à la volonté de celui-ci révocable, ses bénéfices pas plus que ses pertes ne changeront sa fortune personnelle ¹. En somme il n'y a rien dans cette *seconde manière* de l'époux qui lui puisse rappeler ses pouvoirs primitifs, rien qui de près ou de loin ressemble à une communauté ou un régime dotal rétabli.

Ce système ne met pas non plus en péril les intérêts des tiers: prévenus de la séparation par les moyens lé-

1. Sauf les cas rares où le mandataire est responsable. Dans ces cas, en effet, le mari encourrait comme tout autre cette responsabilité.

gaux, s'ils s'adressent au mari, c'est sur la constatation de la sincérité de son mandat, ou par l'indication même de la femme, en tout cas rien dans cette procuration ne peut les léser, au contraire.

45. Examinons maintenant la question sous son autre face, c'est-à-dire voyons le contrat retourné et la femme mandataire du mari.

L'article 1990 donne aux femmes le droit d'accepter tout mandat, celles-ci ne sont donc atteintes par aucune prohibition spéciale à ce contrat ; et seuls les rapports d'époux ou d'épouse pourraient apporter des difficultés ; il s'agit de savoir si ces difficultés existent.

Qui, en effet, n'aurait pas analysé la nature du mandat, et le rôle des parties dans ce contrat, pourrait prétendre que la procuration donnée par le mari à sa femme va renverser leur rôle ; que la puissance maritale et la décision, l'activité, la prépondérance, si l'on nous permet ce mot, que donne la loi à l'époux vont être diminuées et amoindries en dépit des intentions formelles du code. Après ce que nous avons dit du champ d'action du mandataire, de l'influence décisive du mandant sur lui, cette objection tombe d'elle-même et les textes sont là aussi d'accord avec tous les principes en admettant la pleine validité de ces procurations.

La loi en effet se montre en maints endroits favorable à de tels contrats. L'article 307 permet à la femme d'être la tutrice de son mari interdit. Le pouvoir tutélaire donné

à l'épouse lui accorde des droits fort étendus et dans ce cas en contradiction avec la puissance maritale ; elle reçoit le mandat général d'administrer la fortune du mari, on la considère donc comme apte à cette administration. Comment *a fortiori* ne permettrait-on pas au mari, dans la plénitude de sa raison, par un acte de volonté personnelle et réfléchie, de confier à sa femme des pouvoirs de même nature ? Cette faculté est d'autant plus légitime que ce n'est pas de la part de l'homme une abdication de pouvoir, ni un renoncement à ses droits, c'est encore de sa part un acte d'autorité.

§ 6. — Du cautionnement.

46. Il n'y a pas seulement dans le cautionnement, comme dans les autres contrats, un double lien établissant entre deux ou plusieurs personnes une seule obligation ou constituant à leur profit une action identique ; ce contrat est en quelque sorte tripartite ; c'est-à-dire il crée entre les parties un triple rapport de droit, de même qu'il met en cause trois contractants ayant des pouvoirs ou des devoirs différents. Ces trois personnes sont d'un côté le créancier, de l'autre deux débiteurs ou plutôt pour ne pas manquer de justesse dans nos termes, deux obligataires responsables, à son égard, de la dette, mais dans un ordre et à un degré différents. Il s'agit donc d'étudier ce contrat dans sa double face, au point de vue spécial que nous

avons adopté, et examiner : 1° le cas où l'un des époux est caution d'un tiers vis-à-vis de l'autre époux, 2° le cas où l'un des époux cautionne la dette du conjoint.

47. A. Notre première hypothèse est assurément celle des deux qui, dans la pratique, se rencontre le moins souvent ; il ne faut pas croire cependant qu'elle n'ait pas un certain champ d'application : c'est un fils qui cautionne vis-à-vis de sa femme la dette de son père ; une femme qui répond envers son mari de la dette d'un frère, etc.

Les espèces que nous citons et qu'il serait facile de multiplier, par cela même qu'elles nous montrent l'utilité de ce contrat au point de vue des intérêts ou de l'affection des époux nous poussent à l'admettre puisqu'aucune règle de droit ne s'y oppose. Le mari pourra donc pleinement se porter caution d'une dette dont sa femme créancière.

Pour la femme, la latitude n'est plus la même : elle ne pourra *utilement* s'engager comme caution qu'autant qu'elle a l'administration de ses biens et qu'elle en peut librement disposer. Le cautionnement est, en effet, un contrat par lequel la caution répond de l'obligation d'un débiteur et s'engage à payer, en son lieu et place, dans le cas où celui-ci ne pourrait pas satisfaire à sa dette et où le créancier serait dans l'impossibilité de recouvrer sa créance. D'après cette définition on voit que la caution, tout en s'engageant d'une façon subsidiaire, peut néanmoins être tenue de la dette. Il faut donc, pour être cau-

tion, avoir le pouvoir non seulement d'obliger, mais de disposer et d'administrer ses biens.

48. Ce contrat ne sera donc pas possible entre époux, pour la femme, si celle-ci n'a que des biens dotaux ou si elle est mariée sous un régime qui donne au mari l'administration de tous les biens personnels de cette femme : impossible dans un cas, elle serait vaine et inutile dans l'autre. Toutefois, peut-être dans le second cas exagérons-nous nos expressions en déclarant inutile tout cautionnement de la femme à l'égard du mari créancier s'il a l'administration des biens de celle-là. L'article 1449 nous permet d'apercevoir une hypothèse où le mari peut avoir un intérêt réel à ce cautionnement. D'après cet article les dettes contractées par la femme, avec l'autorisation de son mari, peuvent être poursuivies sur les biens de la communauté, sauf récompense, ou sur ceux du mari, sauf indemnité, à lui due. Au jour donc de la dissolution de la communauté, en cas d'acceptation de la femme, si la communauté a payé pour la femme une somme résultant d'un cautionnement par elle donné, cette communauté a droit à une récompense dont le mari bénéficiera pour sa part. En effet, en se portant caution, la femme a contracté une obligation, c'est-à-dire une dette personnelle et la règle ordinaire ne doit pas être changée par cette circonstance que le mari est créancier de cette dette.

49. Plus fréquemment notre seconde hypothèse se rencontre soit que le mari garantisse une dette de la femme,

soit que celle-ci cautionne la dette du mari. Remarquons, avant d'étudier la question sous ses deux faces, qu'on ne saurait admettre le contrat de cautionnement comme un contrat de bienfaisance et partant de là réductible au cas où le préjudice causé à la caution dépasserait le montant de la quotité disponible entre époux. Le cautionnement, il est vrai, est bien un de ces contrats qui se forment *intuitu personæ*, en considération d'une personne ; en garantissant la dette d'un emprunteur, la caution agit bien dans le but de lui rendre service, d'assurer son crédit, mais cette garantie ne ressemble ni de près ni de loin à une donation et la loi par différents bénéfices a garanti et facilité à la caution les moyens de parer à une perte de ses deniers. Ceci dit, hâtons-nous d'affirmer la validité du cautionnement des époux l'un par l'autre ; validité reconnue par des textes formels.

Si le mari cautionne la dette de la femme, dans les cas où celle-ci peut emprunter, la chose ne souffre pas de difficulté et nous devons nous en rapporter aux règles ordinaires. Au contraire le cautionnement de la femme en faveur du mari offre certaines particularités.

D'abord la femme ne peut être caution qu'autant qu'elle peut valablement s'obliger. Mariée par exemple sous le régime dotal, elle ne peut s'engager utilement qu'autant qu'elle a des paraphernaux.

Mais l'effet le plus remarquable du contrat en question est le suivant.

Si minime que soit la fortune de la femme, son cautionnement garantit la dette entière du mari, et constitue tacitement sur les biens du mari une hypothèque qui prend rang (art. 2135) au jour où ce contrat a date certaine, à son profit et indirectement au profit des créanciers qui ont obtenu sa signature.

Mais comment peut-il se faire qu'une femme, ayant par exemple une fortune de dix mille francs puisse garantir une dette de cent mille d'une façon utile sous la seule condition que le mari possède des immeubles suffisants. Pour comprendre l'utilité de ce point de droit il faut supposer qu'en dehors des dettes cautionnées par la femme, le mari a contracté d'autres engagements et que l'ensemble des biens du mari n'est pas suffisant pour couvrir le montant des dettes. Nous disons que dans ces cas les créanciers qui ont la garantie de la femme, primeront, grâce à l'hypothèque légale de celle-ci, les autres créanciers qui se sont contentés de la signature du mari. La loi a pour système en effet d'assurer autant que possible à la femme le recouvrement de sa dot et de l'indemniser de tous les déboursés ou engagements pris avec ou pour son mari, son hypothèque s'étend donc de plus en plus à mesure que s'étendent ses cautionnements et seuls les créanciers antérieurement inscrits hypothécairement la peuvent primer.

Il faut en effet que la femme rentre dans sa fortune et ce résultat ne peut être obtenu qu'autant que toutes les

créances dont elle est indirectement responsable soient couvertes.

§ 7. — De la transaction.

50. La transaction est un contrat par lequel les parties mettent fin à des contestations nées ou à naître. L'utilité de cette convention qui étouffe en germe les procès et empêche les différends n'est pas à démontrer et nous n'avons pour la faire saisir qu'à citer ces mots de Troplong : « J'adhère à l'opinion de Barthole qui regardait ce contrat comme l'un des plus utiles entre tous ceux qui sont réglés dans le code de Justinien et le corps de droit. C'est par lui en effet que les procès sont prévenus ou amiablement terminés ; que les affaires se traitent sans aigreur, et que l'on règle avec des sentiments de paix, les intérêts les plus ardents, les plus prompts à la discorde. Les procès assiègent la vie par de nouveaux tourments, ils sont la ruine des familles, la transaction qui les étouffe est le parti du sage... La prohibition de transiger est odieuse ¹. » Le législateur avait si bien compris l'utilité de la transaction qu'il avait cru devoir affirmer son intention de lui donner une large place au code, et nous trouvons en tête de la loi sur l'organisation judiciaire de 1790, reproduite dans la constitution de l'an III, cette déclaration que « le législateur s'interdit de faire aucune disposition qui ten-

1. Troplong, *De la transaction*, n° 1.

draît à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des transactions ».

Et pourtant on prétend refuser aux époux cette faculté si nécessaire à la bonne harmonie de transiger, M. Troplong qui a des expressions si énergiques contre ceux qui enraient les transactions ou les restreignent est un des partisans de ce système. « Entre époux toute transaction est nulle » dit-il, *transigere est alienare*. Dès lors l'art. 1595 est ici applicable.

Il est vrai que l'art. 2045 dit : Pour transiger il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction.

Mais il ne faut pas confondre la faculté de disposer avec celle de vendre, la première est plus générale et l'on peut disposer autrement que par une vente.

Ne faisons donc pas dire au code ce qu'il n'a jamais eu l'intention d'édicter. Assurément la femme ne pourra pas toujours transiger avec son mari ; mais c'est dans son contrat de mariage qu'il faut chercher le critérium au moyen duquel nous verrons si ce contrat lui est ou non possible. Tout en effet dans cette question est une affaire de régime.

Ainsi, comme le dit M. Duranton, « la femme mariée sous le régime dotal ne peut, même avec l'autorisation de son mari, renoncer par une transaction à des droits sur des biens compris dans sa dot, si ces mêmes biens n'ont pas été déclarés aliénables par le contrat de mariage, et il

ne paraît même pas que la justice puisse l'autoriser à transiger sur de tels droits ¹. » Pour que la femme puisse transiger en effet, il faut qu'elle ait l'*administration* et la *disposition* de ses biens ; pourquoi, en effet, ces conditions remplies, lui refuser à l'égard de son mari une faculté qu'elle possède vis-à-vis des tiers ! De quel droit appliquer ici l'art. 1595 ?

Toutefois là comme ailleurs il existe une condition nécessaire à la validité de ce contrat entre les époux : c'est la *sincérité*. Une transaction qui n'aurait d'autre but que de masquer une vente, par exemple, serait nulle, comme contraire aux prohibitions du code ; mais cette réserve faite, nous ne voyons pas pourquoi, en l'absence d'un texte, nous priverions une classe de personnes, dans leurs rapports d'affaires, d'une faculté qui leur est plus utile qu'à tout autre.

§ 8. — Contrat d'hypothèques.

51. On pourrait faire sur ce contrat, lorsqu'il se passe entre les époux, tout un volume plein de questions intéressantes, mais, pour ne pas sortir de notre cadre, nous nous contenterons d'examiner s'il est possible au mari de contracter avec sa femme une obligation hypothécaire pour garantir les créances qu'il peut avoir

1. Duranton, *C. de dr. fr.*, 18, 407.

contre elle ; nous examinerons ensuite la question de la restriction de l'hypothèque légale consentie par la femme.

A. Qu'il puisse se présenter telle hypothèse où le mari est le créancier de sa femme, nous l'avons déjà dit ici même. C'est une femme séparée de biens qui emprunte à son mari, par exemple, ou bien encore c'est une femme qui est débitrice de la communauté après sa dissolution pour une raison autre que la mort de l'un des époux, le mari dans ces cas, peut comme un étranger, exiger la garantie d'une hypothèque. Mais, nous dira-t-on, presque toujours pour ne pas dire toujours, le Code fait suivre les différentes interdictions de vendre qu'il édicte, d'une interdiction similaire d'hypothéquer. Or la vente étant interdite entre époux, le consentement d'une hypothèque par la femme au mari devrait être également défendu. La réponse à cette objection est des plus faciles. La vente entre époux a été interdite à cause des avantages indirects que les époux pourraient ainsi se constituer. Nous avons dit ailleurs ce que valait ce motif. Quel qu'il soit du reste on n'en trouverait pas l'application dans le contrat d'hypothèque qui ne donne pas un droit sur la chose, mais plutôt sur la réalisation pécuniaire du bien hypothéqué ; et qui, s'il en entraîne la vente, ne donne pas comme acheteur nécessaire le créancier hypothécaire.

Toutefois cette faculté que nous reconnaissons à la femme de consentir une hypothèque est limité par les

termes de son contrat de mariage; et elle ne peut avoir vis-à-vis de son mari plus de facilités qu'à l'égard des étrangers. Il faudra donc pour juger de la validité de l'hypothèque constituée au profit du conjoint examiner le régime sous lequel il est marié. Sous le régime de communauté la femme peut avec l'autorisation de son mari, librement hypothéquer ses biens; elle jouit d'une latitude semblable pour ses paraphermaux sous le régime dotal. Ses biens dotaux au contraire sont et doivent rester libres pendant le mariage, puisqu'à sa dissolution on doit les retrouver dans leur intégrité; ils ne sont pas susceptibles d'être hypothéqués.

51. B. Quant à la restitution de l'hypothèque légale, la question est plus difficile et plus compliquée. Elle a bien la nature d'un contrat entre époux et à ce titre rentre bien dans le cadre que nous nous sommes tracé.

L'article 2144 nous donne la règle dans les termes suivants : « Pourra pareillement le mari, du consentement de sa femme et après avoir pris l'avis des quatre plus proches parents d'icelle réunis en assemblée de famille, demander que l'hypothèque générale sur tous ses immeubles pour raison de la dot, des reprises et conventions matrimoniales, soit restreinte aux immeubles suffisants pour la conservation entière des droits de la femme.

Il y a dans cette convention toute spéciale deux choses à remarquer : 1° La femme ne peut, d'une façon générale, faire l'entier abandon de son hypothèque légale ;

2° La réduction partielle à laquelle seulement elle peut compter doit être approuvée par un conseil de famille.

Mais, dira-t-on, comment se fait-il que la femme qui peut renoncer au profit d'un créancier, si forte que soit sa créance, à son hypothèque légale seule, par sa propre autorité, ne puisse agir avec la même liberté dans l'hypothèse dont nous nous occupons ? Comment se fait-il surtout que cette convention entre époux soit entourée de précautions spéciales alors que nous avons affirmé la pleine liberté de la plupart des autres contrats.

La cession de l'hypothèque au profit d'un créancier spécialement connu par la femme, ne présente pas les mêmes dangers pour elle ; d'abord parce que cette hypothèse ainsi abandonnée ne fait en somme que *retarder l'ordre* de son inscription, elle n'en reste pas moins générale ; de plus la signature même de l'acte de renonciation lui ouvre les yeux sur les risques qu'elle peut courir, lui fait connaître le créancier du mari, le montant de la créance ; la réduction au contraire a quelque chose de plus général et par cela même de moins capable de frapper l'esprit de la femme.

Le mari, en effet, peut demander cette réduction en dehors de tout emprunt, alors qu'il n'est débiteur de personne, il faut surtout que sa fortune soit supérieure à celle de la femme, que ses biens dépassent les apports de la femme et l'ensemble des reprises qu'elle pourra avoir à

réclamer à la dissolution du mariage. Dans de telles conditions, la femme, si elle n'avait été protégée par la prudence de la loi, aurait d'autant plus facilement consenti à cette restriction que ses intérêts lui auraient semblé moins compromis.

Dans cette convention ce qui nous frappe le plus, c'est que la question de régime n'intervient en somme que d'une façon secondaire. Quel que soit, en effet, le régime du contrat de mariage la femme peut consentir à la réduction de son hypothèque légale en faveur de son mari pourvu qu'il reste à celui-ci assez d'immeubles pour répondre des biens de la femme. Le régime dotal le plus sévère n'est pas un obstacle à cette règle introduite en faveur du mari. Cependant si l'hypothèque légale ainsi réduite, cessait de suffire à la garantie des biens de la femme par suite d'une diminution considérable des biens du conj int, la femme dotale ne serait-elle pas recevable à faire annuler la réduction, du moins dans la mesure nécessaire pour lui permettre de recouvrer sa dot ?

Il faut se placer à deux points de vue différents et les examiner séparément.

La question, d'abord, n'est débattue qu'entre époux ; la femme, par suite de certains événements, juge que les garanties hypothécaires qui lui ont été laissées ne sont plus suffisantes pour lui assurer le recouvrement de ses droits. Il est certain que dans ce cas, si réellement il y a

une diminution dans la valeur des biens sur lesquels porte son hypothèque, elle pourra obtenir soit un supplément de garantie, soit même la rupture de la convention de réduction et le retour à la loi.

Un jugement de la Cour de cassation proclame ce principe : « S'il est vrai, y est-il dit, que l'existence d'un jugement portant qu'une hypothèque légale sera restreinte à certains immeubles, n'est pas, en principe, un obstacle à ce qu'une demande en supplément soit formée »... 28 avril 1875, Sirey, 1875, 1, 304. Une note qui accompagne cet arrêt explique mieux encore l'esprit de la loi. Nous croyons bien faire en la citant : « Il a été jugé en ce sens que les décisions qui restreignent l'hypothèque légale *n'ont entre les époux qu'un caractère provisoire* et ne font pas obstacle à ce que la femme reprenne son droit primitif d'hypothèques dans le cas où ses droits ont été compromis... » Dans cette hypothèse, la question de régime est de peu d'importance, et la femme a toujours la faculté de se précautionner contre le dommage qu'elle pourrait courir.

Autre est la seconde hypothèse. Lorsque les événements qui entraînent la diminution des garanties de la femme ont été ou si rapides ou si peu prévus que des tiers ont acquis des droits sur les biens du mari que la réduction a dégagés de l'hypothèque, la femme dotale peut-elle faire annuler la convention et faire revivre, à son profit, une hypothèque sur des biens qui sont ou vendus ou devenus

le gage des tiers. Assurément non. La réduction s'est faite régulièrement, par des procédés légaux, et un tel recours laissé à la femme dotale serait porter une atteinte grave aux droits justes de ceux qui ont contracté avec le mari.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

1° Positions prises dans la Thèse

I. Le consentement du donataire n'était pas indispensable à la validité de la donation.

II. Certains actes entre époux pouvaient être pour eux un enrichissement et un appauvrissement sérieux sans constituer une donation frauduleuse.

III. Les fruits n'étaient pas compris dans la revendication que pouvaient intenter l'époux donateur ou ses héritiers.

IV. Le sénatus-consulte de Septime-Sévère et Caracalla s'appliquait aux donations constituées par voie de stipulation aussi bien qu'à celles exécutées et réalisées.

2° Positions prises hors de la Thèse

I. La *capitis deminutio* impliquait toujours une idée de déchéance.

II. La *condictio indebiti* pouvait se baser sur une erreur de droit comme sur une erreur de fait.

III. Les Romains n'ignoraient pas la théorie du mariage putatif.

IV. La *restitutio in integrum ob dolum* était subsidiaire et ne pouvait être demandée qu'autant que l'action de dol n'indemnisait pas la partie lésée.

DROIT FRANÇAIS

1° Positions prises dans la Thèse

I. Les donations déguisées sont nulles.

II. Il suffit que la dette du mari envers la femme soit liquide et susceptible d'un remboursement actuel pour être dans les conditions exigées par le 2^e alinéa de l'art. 1595.

III. L'échange n'est pas atteint par la prohibition de l'art. 1595.

IV. La femme peut contracter une Société avec son mari dans la limite des biens dont elle a la disposition personnelle.

V. La femme même judiciairement séparée de biens d'avec son mari, peut lui donner le mandat général d'administrer ses biens.

2° Positions prises en dehors de la Thèse

I. Le consentement de l'enfant naturel n'est pas indispensable pour que son père ou sa mère lui puisse assigner comme part héréditaire la donation de présuccesion dont parle l'art. 761.

II. La dette résultant d'un jeu ou d'un pari peut être convertie par voie de novation en une obligation civile.

III. La séparation des patrimoines engendre le droit de suite.

IV. Le mari ne peut obtenir la réduction de l'hypothèque légale de la femme sans le consentement de celle-ci.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. Les délibérations préalables des deux chambres ne peuvent limiter les pouvoirs de l'Assemblée nationale.

II. La prescription en matière pénale est interrompue par la demande en autorisation de poursuites adressée à l'une des deux Chambres.

DROIT COMMERCIAL

I. La femme commune en biens ne peut opposer aux créanciers de son mari failli la compensation de ses dettes et de ses créances dans la communauté.

II. La prime d'assurance est quérable.

DROIT PÉNAL

Le débiteur qui a subi un taux usuraire peut se porter partie civile quand le prêteur est poursuivi par le ministère public.

DROIT COUTUMIER

I. La communauté de biens entre époux tire son origine des Sociétés taisibles.

II. La nécessité pour la femme de l'autorisation matrimoniale, n'était pas, sous le droit coutumier, une mesure de protection en sa faveur.

Vu par le Doyen,

COLMET DE SANTERRE

Vu par le Président de la Thèse,

DUVERGER.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

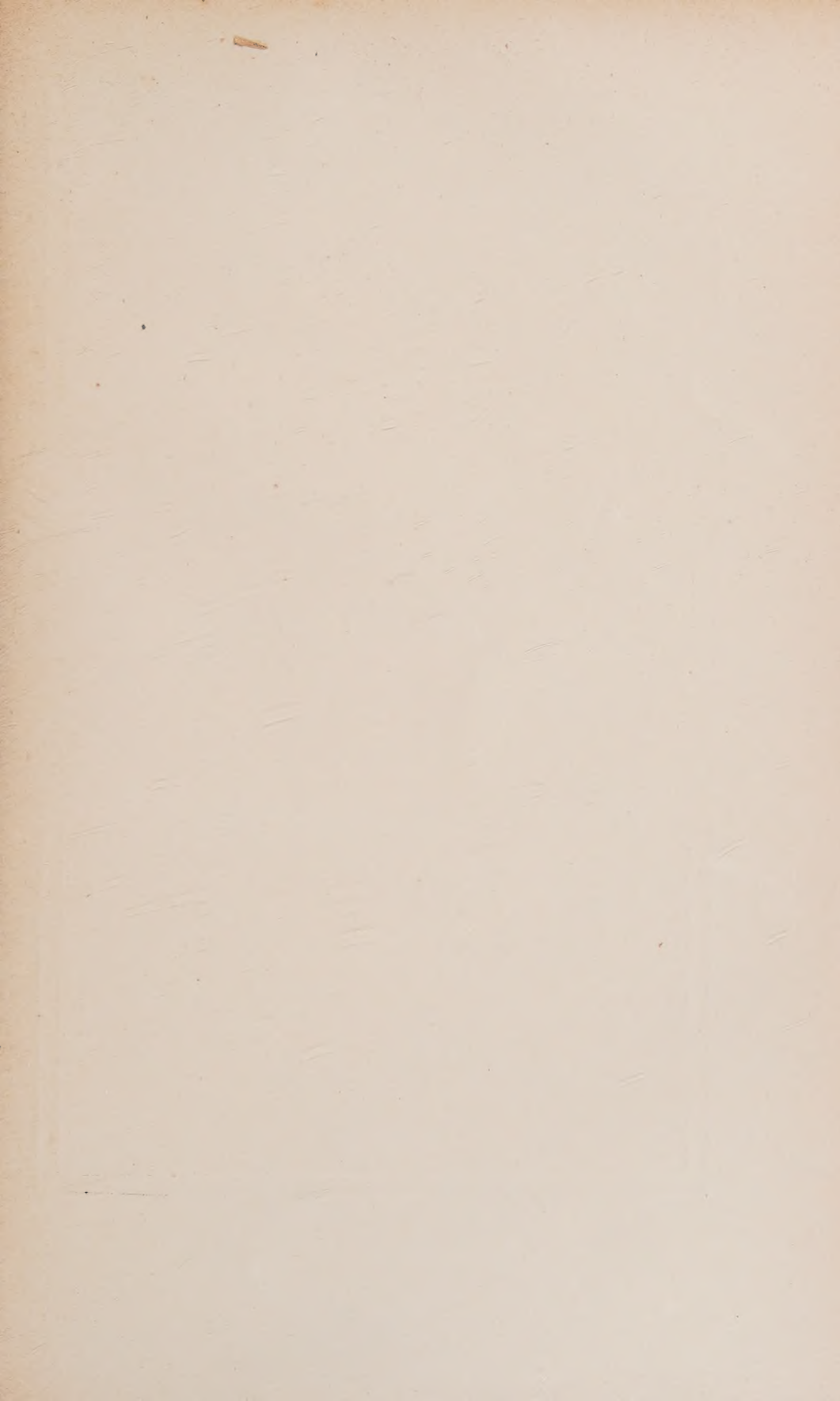
TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Introduction	67
CHAPITRE I ^{er} . — Historique. Les donations et les contrats entre époux dans l'ancien droit	69
1. Droit germanique	70
2. Époque franque	72
3. Première période du droit coutumier	73
4. Période postérieure à la rédaction des coutumes.	76
5. Contrats onéreux entre époux sous le droit cou- tumier	79
6. Droit intermédiaire.....	87
CHAPITRE II. — Étude générale	88
7. Aperçu général et exposé des systèmes	89
8. 1 ^{er} Système. Interdiction de tous les contrats non exceptionnellement autorisés	90
9. 2 ^e système. Liberté des conventions entre époux avec l'autorité de la justice.....	92
10. La femme peut, d'une façon générale, contracter avec son mari sans autorisation judiciaire	96
11. Les époux ont la pleine capacité de contracter entre eux sous certaines conditions.....	101
12. La femme mineure ne peut contracter avec son mari sans un curateur spécial	105

13. 1 ^{re} condition : sincérité du contrat. Il ne doit pas servir à déguiser une donation.....	107
14. Les donations déguisées sont nulles d'une façon générale	108
15. 2 ^e condition : le contrat doit respecter les clauses du contrat de mariage	110
16. Nullité de toute donation déguisée.....	114
17. Prohibition formelle de l'article 931.....	114
18. Nullité des donations faites au profit d'un incapable ; même par le moyen d'intermédiaires..	117
19. Récapitulation.....	119
 CHAPITRE III. — La vente entre époux	121
20. Pourquoi la vente est défendue entre époux	121
21. La dation en paiement est seule permise entre époux et sous certaines conditions	122
22. Différentes hypothèses.....	124
23. 1 ^{re} hypothèse où la vente est permise : séparation de biens	124
24. 2 ^e hypothèse : <i>Datio in solutum</i> du mari à la femme	125
25. 3 ^e hypothèse : <i>Datio in solutum</i> de la femme au mari.....	130
26. Les héritiers simples peuvent invoquer l'alinéa final de l'art. 1595 comme les héritiers réservataires	133
27. L'acte de vente est nul en tant qu'il constitue un avantage au profit de l'un des époux	134
28. Récapitulation.....	135
 CHAPITRE IV. — Des autres contrats entre époux.....	138
§ 1 ^{er} . — L'échange.....	138
29. Analogie de l'échange et de la vente	138
30. L'échange est permis entre époux	138
§ 2. — Du louage.....	141
31. Cas où ce contrat peut avoir lieu entre époux..	141
§ 3. — De la société	142
32. Idées générales sur les sociétés.....	142

33. Arguments contre la possibilité de l'existence d'une Société entre époux.....	143
34. Quelles sont les Sociétés permises entre époux..	145
35. Pouvoir du mari d'administrer les biens parapher- naux de sa femme	147
36. Réfutation des arguments du système prohibitif.	148
37. Prohibition d'une Société universelle	151
§ 4. — Du prêt	151
38. Du commodat.....	151
39. Du prêt de consommation.....	152
40. Conditions nécessaires à la validité du prêt en- tre époux	152
41. Hypothèses à l'appui de la validité du prêt.....	153
42. Rente viagère	154
§ 5. — Du mandat.....	154
43. Notions générales	154
44. Le mari mandataire de la femme.....	156
45. La femme mandataire du mari	160
§ 6. — Du cautionnement.....	161
46. Notions générales	161
47. Cautionnement de la dette d'un tiers par l'un des époux à l'égard de l'autre	162
48. Cautionnement de la dette de l'un des époux en faveur de l'autre	163
49. Le cautionnement de la femme constitue une hypothèque sur les biens du mari.....	163
§ 7. — De la transaction	166
50. Transactions entre époux.....	166
§ 8. — Contrat hypothécaire	168
51. Hypothèque constituée au profit du mari	168
52. Restriction de l'hypothèque légale.....	170





IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE, 23, Rue Racine, PARIS
